

LA SANCIÓN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

JUAN MANUEL FALLA RODRÍGUEZ

UNIVERSIDAD LIBRE

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

BOGOTÁ D.C.

2.019

LA SANCIÓN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

JUAN MANUEL FALLA RODRÍGUEZ

DR. MANUEL ALEJANDRO CORREAL TOVAR

DRA. NORHYS ESTHER TORREGROSAJIMÉNEZ

DIRECTORES DE TESIS

UNIVERSIDAD LIBRE

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

BOGOTÁ D.C

2.019

Contenido

Introducción.....	4
Antecedentes.....	13
Marco teórico.....	25
Sanción según Bentham	27
Sanción según Kelsen	30
Sanción según Bobbio	32
Sanción en Colombia	36
Marco conceptual y jurídico.....	44
Contextualización acuerdo final para la terminación del conflicto.....	50
La sanción en la jurisdicción especial para la paz.....	57
Conclusiones.....	75
Referencias bibliográficas.....	78

Introducción.

Dentro del presente trabajo de investigación se busca abordar y comprender la sanción desde sus orígenes en el derecho penal, su razón de ser en el derecho hasta la actualidad y su aplicación en la actualidad, concretamente en el acuerdo final para la terminación del conflicto entre el estado colombiano y las FARC EP.

La comprensión de la sanción penal es indispensable a fin de resolver la problemática jurídica planteada, la cual se refiere si la sanción penal contemplada y aplicada por la jurisdicción especial para la paz, debe ser tenida en cuenta como un modelo de sanción penal más allá de la justicia transicional.

En la justicia penal ordinaria colombiana, las sanciones penales se encuentran contempladas como pena o medida de seguridad, aspecto sobre el cual se ahondará posteriormente. En lo que se refiere a la pena, se observa dentro de la norma, esto es, la ley 599 del 2.000 la cual establece en su mayoría de conductas punibles la pena privativa de la libertad de prisión, generando en la sociedad la percepción que pena equivale a cárcel. Esta percepción no es errada ya que desde los orígenes del derecho penal se ha establecido la sanción propiamente como pena y esta como cárcel.

Ahora bien, es un hecho notorio que el tipo de sanción aplicado no ha tenido los resultados deseados ni ha cumplido con los fines perseguidos en la pena, pues el hacinamiento carcelario y la alta tasa de delincuencia a nivel nacional son clara muestra que las sanciones penales impuestas no son efectivas.

De tal manera, que la sanción contemplada dentro de la jurisdicción especial para la paz brinda una nueva luz en el derecho penal, si bien es cierto se encuentra en un marco transicional, debe ser analizada para la justicia ordinaria, pues aborda un tipo de sanción penal

diferente a la cárcel y enfocado, no en una justicia retributiva sino en una justicia restaurativa integral focalizado en la víctima, lo cual, de aplicarse en la justicia ordinaria podría implicar la restauración de confianza de la sociedad respecto al estado y el sistema judicial.

Así las cosas, se debe estudiar en concreto la sanción, ya que la pena es un tipo de sanción y aplicado al trabajo de grado, dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto armado celebrado entre el estado colombiano y las FARC EP, se habla en concreto de sanción. Por lo cual se estudia la misma desde su nacimiento en el derecho penal.

En primera medida se aborda la sanción dentro de la escuela positivista del derecho penal, pues fue la primera en hablar de sanción y no de pena, separando su posición respecto de la escuela clásica y su postura respecto a la pena. Dentro de la escuela positivista se sostienen varios postulados que fundamentan la sanción como respuesta al derecho penal, no a manera de castigo sino a manera de prevención.

La escuela positivista del derecho penal, caracterizada por su carácter científico al abordar la problemática del delito vista desde las ciencias de la medicina, la sociología y la antropología, buscaban estudiar al hombre delincuente desde su humanidad, su entorno y su potencial riesgo, así las cosas, con base a dichas premisas se establecen los postulados que sostienen la escuela clásica y conllevan a determinar que la sanción es la respuesta idónea al penalmente responsable.

Para lograr un mayor entendimiento de la sanción para la señalada escuela se explican los postulados que la fundamentan, como lo son: la diferenciación y separación entre el derecho en general y el derecho penal, la concepción del delito como una conducta humana que debe ser estudiada desde la misma ciencia abordando dentro de esta todos los factores internos y externos del sujeto en búsqueda de la razón y ser del delincuente, la negación al libre albedrío, la determinación de la peligrosidad del sujeto penal dentro del cual se determina el riesgo potencial del sujeto para incurrir en el delito y de esa manera determina la sanción a aplicar,

llegando así a la sanción penal en completo, siendo esta la solución al delito de manera preventiva, la cual no está determinada o preestablecida, sino que según cada caso se determina el tipo de sanción a aplicar teniendo en cuenta los criterios señalados en los postulados, resultando la medida de seguridad como la sanción más utilizada por la escuela positivista.

La diferencia de posturas que tomaron los positivistas de los clásicos, en especial a lo que a la pena se refiere generó una colisión aparente, sin embargo, se evidencia la gran similitud entre las penas y las medidas de seguridad aplicadas a modo de sanción idónea sin que ello reflejara una diferencia sustancial.

Posterior a ello, las siguientes escuelas del derecho penal retomaron la sanción de medida de seguridad, sin descartar la pena, el primer evento se aplicaría a personas en condiciones de tratamiento especial que requieran medida de seguridad para los inimputables y la pena regular de prisión para los imputables.

Una vez abordados los antecedentes históricos de la sanción dentro del derecho penal, se aborda la sanción en concreto, ¿qué es?, ¿cuál es su definición en general y su concepto? evidenciando que entender el concepto de sanción, aunque parezca obvio no resulta ser así, pues dentro de las definiciones recolectadas se evidencia una clara confusión en lo que se entiende por sanción confundiéndolo con la misma pena, generando incertidumbre en un concepto aparentemente obvio.

Por otra parte, al hacer un estudio profundo respecto a los teóricos del derecho tales como: Jeremy Bentham, Norberto Bobbio y Hans Kelsen, se observa como dichos autores pese a tener posturas notablemente distintas, coinciden en el carácter necesario y esencial de la sanción para la existencia del derecho a fin de asegurar su éxito como elemento indispensable para el control del estado.

Para Bentham la sanción es un carácter necesario para ejecutar la voluntad del legislador, toda vez que la eficacia de la ley se manifiesta mediante un elemento que asegure su cumplimiento, legitimando así la sanción dentro de la norma jurídica previendo en ella dos valores: el primero, el estímulo que genera la sanción, ya sea esta positiva o negativa a fin de asegurar el respeto de la norma; y segundo, como el desenlace de la norma que al ser incumplida se materializa la sanción, siendo así el desenlace de la misma norma.

Así mismo para Bentham, como se señaló en el párrafo anterior, la sanción puede ser positiva o negativa, generando en el sujeto emociones o sensaciones de dichas características, por dicha razón el doctrinante señala cuatro tipos de sanción los cuales son los siguientes: a) la sanción física, b) sanción política, c) la sanción moral o popular, d) la sanción religiosa; Preestableciendo con este tipo de sanciones el temor a padecer alguna de ellas, asegurando el cumplimiento de la ley o de la norma. (Bentham, 1970)

Para el autor la sanción es aquel estimulante que tiene el sujeto para obedecer las normas, este carácter de obligatoriedad de la norma se determina, según sea el tipo de norma, ya que existen sanciones de índole restrictiva o compensatoria, dicha norma, a su vez, es una expresión de la voluntad del legislador y por lo tanto el legislador está en el deber de asegurar la ejecución de dicha sanción para hacer que la ley se cumpla.

Respecto a la postura de sanción de Hans Kelsen (Kelsen, 1953), se aborda la sanción en mayor congruencia con el derecho penal, ajustando así su concepto de sanción vista principalmente desde la perspectiva penal, ya que la sanción es imprescindible para el autor, como un componente indispensable dentro del derecho para el cumplimiento de una norma, mediante la cual, se le está facultando al legislador, al cumplimiento de la misma bajo los medios que sean necesarios, incluso la coerción o la fuerza.

Kelsen hace un especial señalamiento al establecer la sanción principalmente vista como un castigo, como una consecuencia negativa a quien vulnere las normas, el cual deber cumplir la

sanción impuesta, sin embargo, en caso de no ser acatada la sanción el estado cuenta con la facultad de ejercer su cumplimiento mediante el uso de la fuerza; Se debe enfatizar que dicho carácter coercitivo no es imperativo, sólo es aplicable a los casos donde sea necesario.

Es de resaltar la sanción represiva de Kelsen ya que, al contemplar la coacción para su cumplimiento se evidencia que es privativa de un bien propio del ser, evaluando la afectación que puede conllevar privarle de dichos bienes (entiéndase bienes como derechos) de esta manera se observa que la conducta que contempla la norma es de carácter prohibitivo, buscando que el sujeto se abstenga de realizar una conducta, teniendo como prebenda la sanción contemplada que le sería impuesta si la realizare, de tal manera se observa una sanción coercitiva dentro de una norma prohibitiva.

Así nos encontramos frente a un concepto de sanción ligado directamente al derecho penal, en el cual la conducta prohibida resulta ser un ilícito, para lo cual la consecuencia de ello es una sanción que priva un bien de una persona, éste claramente puede ser la libertad o la misma vida de la persona.

Norberto Bobbio (Bobbio, 1958) por su parte aborda la sanción no solo desde un punto de vista jurídico sino también desde un factor sociológico, abordándola tanto negativa como positiva; El autor analiza la sanción bajo tres criterios: el primero de ellos obedece al contenido de la norma, a la razón de ser de la misma, la cual necesariamente cobija a un sujeto y le exige el deber de respetar el derecho del sujeto cobijado, esto es, dentro de la comunidad en general, es decir, al expedir una norma que propenda la protección de derechos de un sector de la comunidad determinados, así mismo, se le exige al resto de la sociedad a respetar dichos derechos que amparan a un sector determinado de la población protegido por la norma.

El segundo criterio obedece al fin de la sanción, el principal fin de la sanción es la preservación de la sociedad en su orden establecido. Finalmente el tercer criterio que se

aborda, se refiere a quien profiere la sanción, este criterio en particular llama la atención ya que no se refiere a quien profiere la norma sino a quien profiere la sanción, siendo uno de ellos claramente el estado que profiere sanciones preventivas, represivas o compensatorias, o la sanción social la cual es la reacción de la comunidad frente a la realización de determinadas conductas que pueden concurrir en su aprobación y aclamación o el completo rechazo; El último criterio obedece al receptor de la norma, a quien va dirigida siendo este último el que determina el impacto que genera la norma.

De esta manera se evidencia que Bobbio (Bobbio, 1958) estudia la sanción, sin ligarse directamente y en concreto a la misma, haciendo énfasis especial a los sujetos que la determinan, tanto el emisor, como el sujeto pasivo y el activo, así como determinando su efecto.

El concepto de sanción generado por Bobbio es primordial en el esquema jurídico moderno, pues el poder de la ley para el obligatorio cumplimiento del derecho tiene su legitimidad en el poder del estado y su poder coactivo, separando las normas de derecho de las reglas sociales o morales, las cuales puede ser afín, pero es el derecho el único con el poder de sancionar.

Una vez abordada y estudiada la sanción en general se estudia la sanción penal en Colombia, en la cual se evidencia en primera medida la afectación jurídica por el desarrollo histórico sufrido en el país posterior a la independencia, además de la influencia por las escuelas del derecho penal, logrando un notable desarrollo jurídico en 1.936 en materia penal manteniendo su normativa hasta 1980; En el código penal de 1980 no se contempla el concepto de sanción sin una clara diferenciación de sanciones penales, se señalan las penas y las medidas de seguridad para los inimputables sin mayor claridad al respecto.

Posteriormente en la ley penal colombiana actual, (Congreso de Colombia, ley 599 de 2.000) se observa en su artículo tercero, la sanción penal dividida principalmente entre penas,

medidas de seguridad y multas, realizando una clara diferenciación de los principios que rigen tanto las penas como las medidas de seguridad, siendo las penas aplicables a los imputables y las medidas de seguridad a los inimputables. Adicionalmente en materia penal se tiene en cuenta lo contemplado en el código de infancia y adolescencia (Congreso de Colombia, ley 1098 de 2009) abordando sanciones diseñadas para los menores, gozando de fines diferentes a los de la ley penal ordinaria, bajo presupuestos de prevención a futuro y penas más cortas en los casos más severos.

El punto de especial atención se refiere a la sanción dentro de la jurisdicción especial para la paz, realizando un miramiento preliminar a la herencia histórica del estado colombiano frente a los conflictos armados que se han presentado en el país con diferentes grupos tales como: grupos guerrilleros como el Ejército popular de Liberación EPL, Movimiento 19 de abril M-19, autodefensas y paramilitares, logrando diferentes formas de terminación de conflictos con amnistías principalmente en delitos políticos, entre otros, además de la contextualización propia de las mismas FARC-EP a través de la historia.

El acuerdo final para la terminación del conflicto o acuerdo de paz para este trabajo ha sido un proceso de extenuante labor entre las partes, buscando hasta el final una solución para dicho conflicto sin que implicare una derrota por parte del estado que signifique entregar su soberanía, y que por otra parte, para el grupo armado, no signifique la dejación de armas o su derrota en los ideales de su lucha, el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera no presenta una política de vencedor ni vencido sino por el contrario, dos partes que voluntariamente terminan un conflicto bajo el cual el único verdadero afectado ha sido el pueblo colombiano.

Dentro el acuerdo final para la terminación del conflicto para la construcción de una paz estable y duradera, se lograron varios acuerdos en diferentes temas y de gran relevancia, sin embargo, el objeto del presente trabajo se refiere a las sanciones en la jurisdicción especial

para la paz, por lo cual, se hará mención a los puntos de acuerdo logrados sin ahondar al respecto al no ser parte de estudio dentro del mismo.

Dentro del acuerdo de paz se lograron seis puntos principales, el primero de ellos se refiere a una “reforma rural integral”, el segundo se refiere a la participación política de distintos sectores de la sociedad dentro de ellos claramente la participación el antiguo grupo guerrillero, el tercer punto se refiere al “Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas” mediante el cual se manifiesta de manera material la terminación de un conflicto armado, el punto cuarto se refiere a la problemática del narcotráfico frente a “la solución al problema de las drogas ilícitas” el quinto punto se refiere a las víctimas, punto dentro del cual se hará el estudio más profundo, el punto sexto se refiere a los mecanismos de implementación y verificación mediante el cual con delegados de ambas partes se comprometen a que lo acordado por las partes se cumpla y se aplique. (República de Colombia, FARC-EP, 2016)

Dentro del quinto punto se contemplan las sanciones a aplicar dentro de la jurisdicción especial para la paz, de esta manera se evidenciará cuáles son las sanciones a aplicar y qué criterios se determinan para implementar las sanciones estipuladas, así como la influencia internacional que se tuvo en consideración para lograr el acuerdo para la terminación del conflicto entre el estado colombiano y las FARC-EP.

Estas sanciones tienen una connotación muy especial, toda vez que lo primero que se evidencia es que son sanciones en respuesta a conductas penales, por lo cual nos encontramos frente a una sanción penal, consideradas dentro de la misma categoría de penas, multas o medidas de seguridad, ya que, al ser todas unas sanciones de índole penal impuestas por el estado frente a determinadas conductas punibles permite realizar dicha inferencia.

Los fines que persigue la sanción penal contemplada en la jurisdicción especial para la paz son una mixtura entre justicia retributiva y restaurativa, estableciendo las víctimas como eje central al ser los principales afectados del conflicto armado.

Es claro que dicho sistema no es exclusivo de la jurisdicción especial para la paz, respecto a la Comisión Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición se tiene como precedente la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica como mecanismo de justicia restaurativa posterior al apartheid. Adicionalmente las sanciones dentro de la JEP tienen como precedente la justicia restaurativa mixta aplicada en Ruanda mediante los tribunales Gacaca, cuyo mecanismo de sanción tenía como criterio determinante la verdad, en el cual quienes reconocieran la verdad de manera total se les imponía sanciones retributivas de servicio a la comunidad, pero en el evento que no se reconociera la verdad se imponían sanciones privativas de la libertad entre 15 y 20 años.

Como evidentemente se ha explicado en lo estudiado en el presente trabajo investigativo, el tema a estudiar ha sido la sanción, concretamente la sanción en la jurisdicción especial para la paz visto como un nuevo concepto de sanción en el derecho colombiano, el estudio de sanción dentro de la jurisdicción especial para la paz surge en vista a que el sistema penal colombiano ha experimentado un aumento punitivo en diferentes conductas contempladas dentro del código penal, además de la exclusión de subrogados penales o medidas sustitutivas de la pena principal.

Así las cosas, es viable considerar otra forma de sanción penal que genere fuerte impacto al penalmente responsable, así como un relevante papel de la víctima en dicha sanción, generando de esta manera una nueva alternativa al sistema penal dentro de la justicia penal ordinaria.

El objetivo principal de la presente investigación es determinar que las sanciones contempladas por la jurisdicción especial para la paz, es un nuevo modelo de sanción penal,

no solo en la justicia transicional sino también en la justicia ordinaria, toda vez que persigue fines restaurativos y retributivos dentro de la misma, otorgando una nueva alternativa para el derecho penal ordinario.

Los objetivos específicos dentro del presente trabajo de grado son los siguientes:

- Evidenciar la evolución del estado colombiano a través del tiempo, desarrollando en las normativas penales la evolución de la sanción penal desligándose del tipo de sanción coercitiva hasta la sanción restaurativa que contempla la jurisdicción especial para la paz.
- Diferenciar los criterios determinadores de la sanción dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto los cuales para el mentado acuerdo es fundamentan en la verdad, la justicia y la reparación integral.

En vista que el presente trabajo de grado se estudia la sanción en su concepto y su naturaleza, la metodología aplicada es documental pues el trabajo se aborda y realiza con base en las obras de los autores ya mencionados además de diferentes tesis doctorales.

Antecedentes.

Cuando hablamos de la sanción penal y sus antecedentes debemos remontarnos a la escuela positivista del derecho penal donde por primera vez se contempla y aborda la sanción como respuesta punitiva al delito, sin embargo, este concepto fue traído como un mecanismo sustituto de la pena concebida en la escuela clásica, toda vez que a dicha escuela se le hizo una fuerte crítica a sus postulados y al abordar un castigo como pena siendo esta de carácter retributivo, lo cual distaba bastante de los positivistas, por lo tanto, para entender las razones que fundamentan la sanción penal y su razón de ser, se deben abordar varios postulados de esta escuela.

La identificación histórica del derecho penal que hoy se conoce, mediante la cual se han establecido varios pilares del mismo, como la humanización del derecho en sentido de las

penas, el principio de legalidad, la inclusión y el estudio de la criminología como ciencia de suma relevancia y como nuevo campo de estudio, la separación entre imputables e inimputables, y demás factores vertientes consecuentes con la evolución propia de la sociedad y del derecho, dentro de lo cual la sanción ha sido desarrollada por todas las escuelas desde la positivista en adelante, ha sido uno de los pilares fundamentales para los positivistas.

La escuela positivista cuyos padres son; Partiendo con uno de sus máximos representantes, Cesar Lombroso con su obra *El Hombre Delincuente* en 1876 (Lombroso, 1876), texto en el cual el autor, al ser médico en las cárceles de Turín – Italia, hace un estudio profundo sobre la antropología del delincuente y sobre la cual establecerá el pilar fundamental para sustentar su teoría, llama la atención especialmente el hecho de establecer para el estado una etapa antropológica en la persecución del crimen.

El estudio del sujeto como determinador en la investigación criminal, lleva al estado a la confrontación del problema que acarrea el delincuente, siendo la base para definir el nivel de profundidad o esfuerzos que pudiere ameritar un sujeto para ser perseguido por parte del estado teniendo dentro de dichos estudios los motivos que pudieren llevar al criminal a delinquir. Así las cosas, la llamada antropología del crimen se encamina a determinar qué tan peligroso puede ser el delincuente, así como las razones que lo llevan al camino de la criminalidad.

Continuado por el jurista Enrico Ferri con su obra *Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío* (Ferri, 1878), y por último el sociólogo Rafael Garofalo con su obra *De un criterio positivo de la penalidad* (Garofalo, 1880) siendo estos tres los creadores de una sólida escuela complementada por diversas ciencias; la medicina, el derecho, y la sociología.

Esta escuela goza de un carácter científico riguroso al dar cabida a la sociología y a la medicina, lo cual busca una razón de ser al delincuente y busca una respuesta idónea para la

prevención y el tratamiento del delito, más allá del delito se analiza a la persona y su entorno, su rol dentro de la sociedad, su grado de marginalidad, la afectación de la sociedad y de las víctimas con las conductas punibles, el riesgo que represente o en su defecto pueda representar una persona para la sociedad, todas estas consideraciones llevaron a los positivistas a establecer determinadas aristas las cuales son el fundamento de su escuela.

Las aristas fundamentales sustentan cada uno de sus componentes, fundamentando y evidenciando las posturas de sus fundadores justificado dentro de las áreas de estudio propias de los mismos, denotando un gran avance en ciertos campos de estudio como lo es la criminología desdeñada en la valoración profunda al delincuente más allá de determinar simplemente la conducta y su respuesta punible, ciencia que tomaría fundamental rumbo, desarrollo y estudio independiente posteriormente.

Otro factor de gran relevancia y que a la fecha se sostiene en especial en la justicia restaurativa, es la consagración de la indemnización de la víctima, lo cual, es un notable avance para dicha época, es de resaltar que si bien es cierto en dicho momento no se tenía esclarecido ni cuantificado el método de indemnización ni sus proporciones, este avance se hace notable en cuanto al reconocimiento hacía la sociedad que es la afectada directa.

Así mismo se resalta el establecimiento de subrogados penales lo cual es un avance manifiesto hacía la búsqueda de la humanización del derecho, todos los señalados anteriormente son aristas de suma relevancia y reconocimiento positivo para el derecho, sin embargo también existen fundamentos bastante cuestionables así como la determinación de la *peligrosidad* de la persona, la cual, con base a su entorno, rasgos físicos y características del mismo puede determinar un riesgo futuro y que sea base para determinar la responsabilidad penal. En el presente capítulo se abordarán estos, entre otros factores.

En primera medida se aborda la diferenciación y separación que se hace entre el derecho y el derecho penal en concreto, esta separación busca principalmente una ramificación dentro del campo de estudio del derecho para abarcar el derecho penal como una ciencia de estudio autónoma. Ya que el derecho se concibe como un fenómeno natural que lo que busca es ser instrumento que pretende regular, estableciendo parámetros, la conducta humana dentro de la sociedad, tal concepción está lejos de ser una ciencia integral y autónoma, y por lo tanto es un capítulo dentro de la misma, esto es, la consecuencia de un razonamiento lógico.

Caso contrario sucede con la forma en la que es concebida el derecho penal la cual se hace dependiente de la denominada *sociología criminal* y abarca dentro de la misma ciencias tales como la fisiología, psicología, psicopatología y estadística, así las cosas “El derecho penal, pues, no sería una ciencia autónoma con objeto y métodos propios; pues su objeto estaría dado por lo objetos de estudio de esas ciencias mencionadas puestas en relación con el fenómeno criminoso, y el método sería experimental”. (Betancur, 2002)

Para entender de mejor manera y abordar los pilares del derecho penal tendremos en cuenta la obra del profesor Betancur “*Grandes Corrientes del Derecho penal – Escuela positivista*” (Betancur, 2002), toda vez que el autor aborda de manera clara y concisa los postulados o pilares de la escuela estudiada, de esta manera se estudia el siguiente pilar fundamental definitorio que es la concepción del delito visto como una conducta humana la cual debe ser estudiada desde sus ciencias naturales como la antropología, ciencia que estudia al ser humano en comunidad, su diversidad cultural, desarrollo en sociedad, entre otros. Adicionalmente el estudio del mismo territorio donde habitan las comunidades, como lo es el clima, cambio estacional, condiciones de sequía o heladas, entre otros. Estos factores se ven evidenciados, reflejados y aplicados en condicionamientos internos y externos del ser humano en sociedad.

Dentro de los condicionamientos internos se contemplan todos aquellos factores intrínsecos del cuerpo humano que resultan ser determinantes genéticos ya sea de manera hereditaria; factores claves como del desarrollo genético o naturaleza física del ser humano que pudiere representar una diferenciación notable recibida por su ascendencia o la misma herencia genética que los diferencie respecto a los demás seres. Por otra parte, se tiene en cuenta el mismo desarrollo desde la concepción y la gestación del propio ser humano, tomando valor relevante cualquier afectación del feto debido a una enfermedad psicológica o sufrida durante el periodo de gestación del sujeto por parte de su madre, donde todas las circunstancias sufridas por ella tales como depresión, marginación, trastornos, ataques de pánico, lo sufre el individuo. Estos condicionamientos internos son tenidos en cuenta y concebidos dentro de la escuela positivista desde una perspectiva principalmente clínica en la identificación de rasgos comunes del delincuente.

Como condicionantes externos, ya separado del estudio clínico del sujeto, se aborda la persona en su desarrollo físico, dicho desarrollo varía según el individuo, el cual va a depender del lugar donde este se desarrolle tanto social, como geográficamente, en este último se toman en consideración razones naturales de un territorio, como son el clima, las estaciones que atraviese dicho territorio y su magnitud (es de recordar que el territorio estudiado es Europa por lo tanto se toma en consideración el factor estacional), topografía, alimentación, entre otras. Adicionalmente a los condicionantes externos naturales, existe otro tipo de condicionante externo de suma relevancia, es el condicionante social. Dentro de dicho condicionante existen diversos factores que afectan seriamente al sujeto en su diario vivir y el cual puede ser un detonante o un justificante para el sujeto para realizar conductas delictivas, por lo cual, incide la situación política donde se desarrolle; en especial si se tiene en cuenta la separación coyuntural que se vivió en Europa en el desarrollo de los positivistas, el antecedente de la revolución francesa, las crisis de las revoluciones industriales y liberales, lo

cual genera gran separación en las ideas políticas de una sociedad, corrientes nacionalistas, lo que, de manera consecuente ante tales diferencias desdeñaban en conductas delictivas.

La situación económica del sujeto y su entorno, consecuente a la situación política que se desarrollaba en cada territorio, siendo en los territorios marginados la pobreza un hecho notorio y generador de delincuencia en la sociedad, ha sido objeto de estudio de la criminología desde su génesis hasta la actualidad, claro está que al referirnos a la situación económica no es la pobreza el único determinante, adicional a la necesidad generada por la pobreza existe el factor de la brecha notoria entre ricos y pobres lo cual es generador de otro tipo de delitos.

La religión que profese el sujeto, es otro condicionante externo de suma relevancia en la sociedad Europea, tomado en consideración desde los positivistas hasta la fecha es un factor determinante en las conductas delictivas, es de recordar que desde la edad media; en la inquisición la persecución por profesión de culto distinto al católico fue considerado delito y por lo tanto perseguido y castigado, así las cosas, en el caso de la población judía a criterio de los positivistas es un condicionante imperante para determinar un riesgo en la comisión de delitos.

La cultura a la que esté arraigado, es un factor a tener en cuenta como condicionante externo, que en cierta medida podría confundirse con la religión que profese el sujeto, sin embargo, son condicionantes diferentes uno del otro, mientras que en el uno se obedece al credo del sujeto tal como por ejemplo católicos, protestantes, judíos, musulmanes, etcétera; La cultura obedece a factores de tradiciones y costumbres que caractericen a un pueblo que puede estar o no ligado a una religión, un ejemplo de ello es el pueblo gitano el cual goza de una cultura propia y autentica con tradiciones y modos de vida autóctonos de dicho pueblo sin que estén ligados a una religión.

De esta manera se entiende que el delito al ser una actividad humana debe ser estudiada y abordada desde todas las perspectivas posibles internas y externas que pudieren llevar al sujeto a realizar dicha conducta, los condicionantes señalados anteriormente son los más destacados a tener en cuenta sin decir en medida alguna que sean estos los únicos condicionantes que existieren para ser tenidos en cuenta para los positivistas.

Las concepciones anteriormente señaladas, que aglomerando todos estos condicionantes terminan siendo en conclusión una conducta humana que afecta a la propia sociedad, lo explica y contempla Garofalo definiéndolo como *delito natural* discriminado más claramente como *La noción del delito natural*, el cual sostiene (Garofalo, 1880):

El elemento de inmoralidad necesario para que un acto perjudicial sea considerado como criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea, la piedad y la probidad. Es, además, necesario que la violación hiera, no ya la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino en la medida en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

Llama la atención dentro de la explicación de delito natural consagrado por Garofalo el criterio de la *inmoralidad*, dando el valor de acto criminal a la moral, pero más relevante aún, que esa moral sea definida por la opinión pública, así cuando un acto sea inmoral puede ser considerado criminal, estableciendo la moralidad como criterio necesario.

Es menester abordar el concepto del delito natural, pues fue un factor notorio en la escuela positivista, sin embargo, el concepto de Garofalo no fue del todo adoptado y aceptado en su integralidad, pues si bien es cierto este concepto fue complementado por Ferri quien busco dar una concepción más clara y amplia al respecto, el mismo fue cuestionado u objetado por Berenini, diferencias de conceptos entre doctrinantes que no son determinantes en el presente

trabajo, sin embargo, es claro que la concepción de delito como una conducta meramente humana, llevada a ser denominada delito natural elabora nuevos supuestos para establecer bases en el derecho criminal, buscando una perspectiva diferente de abordarlo y afrontarlo.

Retomando las aristas de la escuela positivista, otro factor fundamental dentro de esta es el condicionamiento o reproche que se realiza a lo que podría entenderse como la autodeterminación que tiene cada ser humano en todas sus acciones frente a sí mismo y frente a la sociedad, en otras palabras, la negación al libre albedrío; El sujeto definido como delincuente no goza de una plena autonomía, conciencia y libertad para realizar sus acciones ya que, como se indicó anteriormente, están previamente establecidos en el delincuente una serie de condicionantes internos y externos que son los que verdaderamente determinan el actuar de un sujeto.

Por lo tanto, el deber asumir su responsabilidad, principalmente frente a la sociedad no debe realizarse de manera retributiva o con una pena, dicho actuar más que responsabilizar al sujeto, debe ser tratado para cambiar y erradicar dichos condicionantes que llevaron al sujeto a un actuar delictivo, pues para esta escuela el hombre no es responsable de todas sus acciones, pues su desarrollo genético, social, económico y cultural son los que lo han llevado a actuar de determinada manera, lo cual para la escuela positivista guarda sentido ya que el hombre al vivir en sociedad se encuentra necesariamente expuesto a todos los factores que afectan su comportamiento, siendo un producto de la misma sociedad lo que le impide poder desarrollar libremente su personalidad de manera integral, esto sin olvidar que el sujeto, basado en un deber ser, debe aceptar, asumir y lidiar con las limitantes que le impone la misma sociedad en pro de un orden que busca y pretende la armonía; Este punto se hace principalmente en crítica al postulado de la escuela clásica respecto de la responsabilidad en la libertad, es decir, mientras que para la escuela clásica es prevalente la protección del individuo penalmente responsable frente a las autoridades, evitando así abusos o ultrajes por

parte del ente punitivo, en la escuela positivista se determina que como el hombre no es responsable de sus acciones ante la sociedad, es necesario tratar al sujeto en aras de protegerlo a este y a la sociedad.

Una característica base de la escuela positivista, por las cuales se generó mayor polémica, obedece al criterio utilizado para establecer la responsabilidad penal, el cual fue denominado como la “*peligrosidad*”, este criterio, como su nombre lo indica es aquel que determina que tan peligroso es o puede ser un sujeto para la sociedad y con ello determinar el mejor tratamiento, ya que no es lo mismo tratar un sujeto que pese a realizar una conducta no es peligroso ya que es un delincuente ocasional, a cuando se refiera a las personas que realizan conductas delictivas de ímpetu pasional, y claramente el tratamiento más severo deberá ser para el delincuente habitual.

La determinación de alta o baja peligrosidad se realiza mediante el estudio de diversos factores previos y posteriores que sean característicos del sujeto penalmente responsable, es allí donde entran a ser relevantes los condicionante internos y externos mencionados anteriormente, los cuales gozan de una directa relación entre condicionante y peligrosidad, lo que termina siendo la base para sancionar al sujeto; Es así como la relevancia de este factor permite clasificar los sujetos como peligrosos, acorde con su entorno y desarrollo social, esto como factor preventivo del delito supondría una alta efectividad, al menos a criterio de los positivistas. Sin embargo, se observa un punto de suma gravedad dentro de este postulado, pues es menester tener en cuenta que al determinar la peligrosidad de un sujeto se hace con efectos preventivos futuros, se aparta completamente de un factor objetivo sobre la acción en concreto enfatizándose en el sujeto, lo cual aparentemente es válido, sin embargo la alta atención al sujeto y sus condicionantes deja el estudio de la acción como factor secundario, buscando una medida preventiva más que represiva, así las cosas, si el sujeto es considerado “peligroso” su sanción puede ser mucho más fuerte, más allá de la acción realizada, o más

severo aún si la persona no hubiere realizado acción penal alguna, sino que debido a su peligrosidad si se llega a establecer que hubiere querido delinquir recibirá una sanción igual a como si efectivamente la hubiere realizado.

Una vez relatados y abordados de manera resumida y general algunos de los factores determinantes y pilares dentro de esta escuela del derecho penal, se entra a estudiar un factor de especial atención y relevancia para el presente trabajo de investigación que es la sanción penal, lo cual termina siendo el resultado de las aristas explicadas. Es de resaltar, y como se indicó anteriormente que en derecho penal la primera vez que se hizo referencia a la sanción fue dentro de la escuela positivista, rechazando en primera medida la pena concebida dentro de la escuela clásica y buscando una solución idónea acorde con los lineamientos positivistas.

Es de recordar que a diferencia de la pena en la escuela clásica la cual tenía un fin retributivo, la escuela positivista tenía un fin preventivo por lo cual no era concebible la pena, al menos de manera aparente, pues dentro de los parámetros para obtener dicha prevención se contempla la reclusión a modo de medida de seguridad, bajo eventos y circunstancias particulares.

Así las cosas, al ser una persona responsable penalmente, al realizar una conducta humana que atenta o pone en riesgo a la sociedad, debían presentarse factores internos y externos del hombre y de la sociedad analizando a profundidad al sujeto y su peligrosidad, así mismo debía sancionarse teniendo en cuenta todos y cada uno de dichos factores, se debía determinar cuál sanción sería la idónea para lograr en primera medida la resocialización del sujeto con efectos presentes y futuros para lograr así la prevención, a fin de evitar que delinquiera de nuevo, y claramente, la sanción represiva para los incorregibles.

Teniendo numerosas premisas para establecer una sanción es claro que no es posible fijar de manera previa una sanción frente a una conducta determinada, ya que, como se indicó

anteriormente existen distintos factores para cada conducta realizada, no era concebible una determinación previa, por el contrario, se debía abordar cada sujeto de manera personalizada y según su valoración sería su pena, así las cosas aunque dos personas hayan cometido una misma conducta penal, cada una podría tener una sanción completamente diferente.

Los positivistas preferían utilizar el término *sanción* al de pena; esto, por cuanto la expresión lingüística *pena* da la idea de sufrimiento y este, negando el libre albedrío, no puede ser la finalidad de la consecuencia de la violación de la ley; se prefiere hablar entonces, de *sanción* como un término más amplio y comprensivo que abarcase los diferentes medios de *tratamiento*, que es a lo que se reduce la sanción: esta es igual al tratamiento en orden a remover la peligrosidad y durante el tiempo que esta permanezca:” adaptación de la sanción represiva a la personalidad del delincuente por razón del delito cometido sentencia Enrico Ferri (Ferri, 1878) citado por (Betancur, 2002)

Así las cosas, en congruencia con lo que explica el profesor Agudelo (Betancur, 2002), se observa la gran similitud que guardan la pena y la sanción, buscando con un nuevo término abarcar un campo mayor al contemplado por la pena y con un fin principalmente preventivo, sin embargo y al final de todo, terminaban siendo muy similares, siendo ambas la respuesta consecuente del estado ante el actuar criminal.

Es evidente dentro de la escuela positivista la fuerte crítica a la prisión como pena, pues, al contrario de lo que se cree como fin de la pena, el cumplimiento a nivel intramuros en una prisión cuyo fin es la resocialización del reo a criterio de Lombroso, las cárceles se vuelven un centro de delincuencia y perversión, la gran crítica a este tipo de penas se da en razón a que las personas recluidas en prisión contrario a mejorar o cambiar su comportamiento en pro de la sociedad, el reo profundiza aún más su comportamiento criminal.

Ante la crítica realizada a la pena de prisión, en búsqueda de una solución alterna para no acudir a ella como sanción, se establecen diversos conceptos para abarcar la sanción como lo son: el trabajo social tanto a nivel urbano como rural, la reparación a las víctimas, el aislamiento en lugares especiales tales como hospitales, hogares de trabajo, zonas veredales, pérdida de diferentes derechos civiles, entre otros.

Un aspecto que llama la atención es el hecho que la escuela positivista busca reconocer, comprender y “curar” al delincuente, abordando su desarrollo interno y externo para dentro de esto buscar su rehabilitación o resocialización dentro de la sociedad, consagra también la pena de muerte para los casos que a criterio propio no tienen solución, depurando a la sociedad de aquellos casos que definitivamente no se les puede tratar.

De esta manera y fundamentando la razón de ser de la sanción penal llama la atención que dentro de la búsqueda de sanciones indeterminadas que fueren propicias al sujeto y a la conducta punible realizada y dentro de las diversas alternativas ya señaladas, el modelo de sanción de fuerte acogida fue la medida de seguridad como principal método de tratamiento, manteniéndolo en guarnición en un lugar determinado ya fuere un hospital psiquiátrico, un hogar de trabajo, entre otros, de esta manera se hace inevitable silogizar la sanción a medida de seguridad, y medida de seguridad a pena sin que se observen grandes diferencias entre uno y otro, pese a que los ideales y fines que persigue la sanción sean distintos a los que persigue la pena, su ejecución se da de manera muy similar.

Sin embargo, dichas medidas han tenido ciertos detractores, uno de ellos es Zaffaroni el cual sobre las medidas refiere: (1987)

En cuanto a las *medidas* que son penas, preferimos llamarlas por su nombre, porque siempre conlleva un sentido *penoso* que (sic) alerta sobre el límite y la racionalidad.

Por lo que hace a las que tienen el carácter de medida administrativa, advertimos que

no obsta al mismo que se hallen legisladas en el código penal, porque no todo lo que contiene un código penal necesariamente forma parte del derecho penal material, como que sostener lo contrario implicaría caer en un criterio ingenuamente formal, dejando el contenido de las ciencias jurídicas particulares a merced de las más antojadizas técnicas legislativas.

En conclusión, es de entender, que, aunque motivados por diferentes razones, los positivistas ejercen la medida de seguridad (privativa de la libertad así fuerte en centro clínico) como el tratamiento idóneo para curar al delincuente, por lo cual no se encuentra una notable y cualitativa diferencia entre pena y medida de seguridad.

Posterior a la escuela positivista la sanción no desaparece pero tampoco es excluyente con la pena sino que por el contrario, en los eventos donde por circunstancias de tratamiento especial, de razones principalmente médicas amerite una sanción de medida de seguridad esta es procedente, y en el evento que sea meritoria una pena ante una conducta realizada por una persona consciente también es procedente, este señalamiento se resume de manera sencilla al tratamiento que se le va a aplicar a los inimputables e imputables, concepto que contempla la escuela del positivismo crítico. (Tuori, 1998)

Marco teórico

Una vez identificados los antecedentes jurídicos de la sanción en general, donde se evidenció el génesis de la sanción dentro del derecho penal es procedente abordar y entender qué se entiende actualmente por sanción, realizando un miramiento en primera medida por el concepto general que trae la real academia de la lengua española, la definición jurídica de sanción así como lo que se ha definido en el la ley penal actual y el concepto emitido por la corte constitucional respecto de la sanción penal.

El primer concepto de sanción que se aborda es el emitido por la real academia de la lengua española que define lo siguiente:

sanción Del lat. *sanctio*, -ōnis. **1.** f. Pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores. **2.** f. Autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre. **3.** f. Acto solemne por el que el jefe del Estado confirma una ley o estatuto. **4.** f. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena. **5.** f. Estatuto o ley. (Diccionario de la lengua española, 2018)

El concepto remitido por los máximos representantes de la lengua española enuncia su significado de la manera más obvia que se aproxima levemente a lo que concierne al presente trabajo de investigación en concreto lo que se señala en su numeral primero, haciendo un llamado de atención a la palabra **pena** como expresión de la sanción, como consecuencia de una infracción, siendo un término análogo a castigo.

Así mismo al ser una investigación jurídica es necesario traer a colación la definición aportada por el diccionario jurídico de la lengua española, el cual señala lo siguiente:

(Diccionario del español jurídico, 2018) “Consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado”.

Con la presente definición se evidencia una mayor claridad en el concepto de sanción al evitar ambigüedades que sí se presentaban en el concepto general emitido por la RAE en un concepto no jurídico, como lo fue el definir sanción como pena, en el presente concepto, a criterio del escribiente del presente documento, la utilización de la palabra consecuencia es la correcta para definir lo que es la sanción dentro del derecho.

Finalmente, en las definiciones que se tienen de sanción al menos en concepto de diccionario o enciclopedia, se trae a colación el concepto de sanción establecido por la enciclopedia jurídica de Colombia (Enciclopedia del derecho , 2018):

Pena o multa que la ley o los contratantes imponen al que infringe las normas de conducta fijadas o vulnera las condiciones establecidas en un contrato. Concepto en Derecho Médico de Sanción Consecuencia legal, derivada del incumplimiento de una ley, reglamento o procedimiento.

En el concepto emitido por la enciclopedia jurídica de Colombia se observa con extrañeza nuevamente que se define la sanción como una pena, con la diferencia que la misma adiciona la multa, lo anteriormente citado permite concluir que evidentemente existe una directa relación entre sanción y pena, y con el último acotamiento entre sanción y multa, pero no es de total recibo que la definición de sanción sea específicamente pena o multa.

Al abordar el concepto de sanción en materia de derecho se debe hacer una observación superficial de las definiciones aportadas por diccionarios y enciclopedias jurídicas, pero más importante aún se deberá hacer un estudio desde la filosofía del derecho abordado por los conceptos de teóricos tales como Jeremy Bentham, Hans Kelsen y Norberto Bobbio. Es menester resaltar que derecho y sanción van estrictamente ligados siendo la sanción el mecanismo idóneo para asegurar el cumplimiento de las normas.

Sanción según Bentham

En primera medida se analiza el concepto que logra emanar Jeremy Bentham, el cual se abordará meramente en los temas que al presente trabajo corresponden debido a lo denso y complejo de su teoría y que de explicarla se perdería completamente el objeto de estudio de este. El autor en su obra *of lawys in general* (Bentham, Of Laws in general, 1970), expresando la norma o la ley como el reflejo claro de la voluntad manifiesta del legislador, expresada en norma mediante el cual se puede emanar ya sea un mandato, un impedimento o incluso una concesión, de lo reflejado en dichas normas se derivan una serie de cláusulas, las características por las que debe o no realizarse un hecho determinado, o en los eventos donde

no aplica la ley. Haciendo un paralelo para mayor claridad podría entenderse lo que hoy en día conocemos como normas procesales.

Dentro de las dichas cláusulas se encuentra en especial una denominada “*clausulas iniciativas*: declaraciones de política de recompensa por obedientes o de sanciones por desobedientes a la norma jurídica” (Bentham, *The Limits of jurisprudence Defined*, 1945).

Dentro de la señalada cláusula de una norma de carácter obligatorio se observa cómo se encuentra dentro de la misma la recompensa y la sanción, haciendo una evidente diferenciación entre un actuar y otro, es decir, al que tiene un buen comportamiento se le recompensa, al que no lo hace se le sanciona, dando así el lineamiento de sanción equiparable a castigo. Sin embargo, ello no implica necesariamente que todas las sanciones tengan índole negativa.

Así mismo señala Bentham

“Toda norma obligatoria (obligative) está constituida por dos partes 1) una parte **directiva** que es una prescripción (provision) imperativa (una expresión completa de voluntad); y 2 una parte (clausula **iniciativa o sancionadora** que es la expresión de un acto que se traduce en una predicción de lo que ocurrirá al destinatario de la parte directiva si no cumple con lo ordenado por dicha parte (en este caso recibe el nombre de sanción conminativa); o bien una predicción de lo que ocurrirá al destinatario de la parte directiva si cumple con lo ordenado por dicha parte (en este caso recibe el nombre de sanción incitativa(sic) o premiaría)” (Bentham, *Of Laws in general*, 1970)

Es evidente que para que una norma sea cumplida debe preverse una consecuencia a fin de asegurar su cumplimiento, de otra manera la ley sería ineficaz sin un elemento que brinde seguridad a que se verifique su aplicación y cumplimiento, es en dicho evento donde surge la sanción y donde la misma se legitima.

Así mismo, señala Bentham (Bentham, Of Laws in general, 1970) dentro de su texto que si bien es cierto la sanción es la que le da la legitimidad a la ley, el poder del estado para el eventual uso de la fuerza es lo que legitima la sanción y le otorga su efectividad. El autor ve la sanción como el desenlace previsto ante el no cumplimiento de lo ordenado por la ley basado en el poder para hacerlo y propendiendo por la moral, la cual es el motivante para que la sociedad se comporte de determinada manera.

A manera explicativa Lara Chagoyan (Chagoyan, El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho, 2000) en su tesis doctoral sobre el concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho resalta los tipos de sanción previstos por Bentham de la siguiente manera:

- a) La sanción física. - Según Bentham, si el placer o el dolor son expectativas en la vida presente y en el curso normal de la naturaleza que no sea modificado por la interposición extraordinaria de ningún ser superior invisible, estamos ante la sanción física.
- b) La sanción política. - Señala Bentham que la sanción política se refiere al dolor o placer salido de las manos de una persona en particular, o de un grupo de personas de la comunidad, que son escogidos con el objeto de que dispensen dichos dolores o placeres de acuerdo con la voluntad del poder gobernante soberano o supremo del Estado.
- c) La sanción moral o popular.- Placeres o dolores provenientes de las personas de la comunidad sin poner público alguno y sin apego a ninguna norma escrita; como dice Bentham, “dado que puede ocurrir en la parte en cuestión algún día en el discurso de su vida tenga que tratar con las personas de la comunidad, de acuerdo con la disposición espontánea de cada hombre y no de acuerdo con ninguna regla establecida

o concertada, se puede decir [que esos dolores o placeres] vienen de la sanción moral o popular.

d) La sanción religiosa. - Dolores o placeres que se supone que provienen de la mano inmediata de un ser superior invisible tanto en el presente como en el futuro.

Es de esta manera como se clasifican los tipos de sanción y donde permiten vislumbrar con dichas sanciones los efectos que pueden producir o desdeñar dentro de los tipos de sanción, dentro de la sanción física, más exactamente den el dolor, se emana la sanción penal como aquellas que infligen una pena o dolor a quien infringe la ley, las cuales resultan ser con base al sufrimiento de quien la padece, y el temor de padecerla son las más efectivas para dar estricto cumplimiento a una ley.”

Con lo abordado anteriormente al referirnos a Bentham, se puede inferir que para el autor la sanción es aquel estimulante que tiene el sujeto para obedecer las normas, según sea el tipo de norma, la cual, al ser una expresión de la voluntad del legislador, está en el deber del mismo para hacer que la ley se cumpla.

Sanción según Kelsen

Es menester señalar lo que el jurista Hans Kelsen aborda y estudia la sanción de una profunda manera en su obra Teoría pura del derecho enlazando directamente la sanción con el delito.

Kelsen define la sanción jurídica como:

En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad, o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra actos de conducta calificados de ilícitos, o contrarios al derecho, es pues, la consecuencia de tales actos (Kelsen, 1953)

Es de resaltar dentro de la definición Kelseniana, apartada a lo expresado por Bentham, que el jurista refiere al concepto de coacción. Un acto coactivo es entendido como un acto a la fuerza o sujeto a la misma, es decir, podría implicar el uso de la fuerza presumiendo que la persona que se rehúsa a acatar la sanción establecida, no quiere decir que sea necesario el uso de la fuerza, pero la prevé manifestando al sancionado que de no acatar la sanción, se tiene el poder del uso de la fuerza y se aplicará en su contra, caso contrario si accede voluntariamente a la sanción el uso de la fuerza no será necesario.

Continuando el análisis de la definición de sanción de Kelsen se observa que la coacción va encaminada a la privación de un bien, es decir, se coacciona para privar un bien determinado. Es de aclarar que ese bien equivale a algo de valor para la persona, por lo tanto, se le priva de algo que le afecte el perderlo, de lo contrario no tendría sentido alguno privar a alguien de un bien el cual le tiene sin cuidado si le afecta o no.

Adicionalmente se refiere a la sanción como una reacción contra unas conductas determinadas, es decir que la sanción sólo tiene efecto de forma consecuencial, la tipificación de una conducta es la que da cabida a la sanción, siendo entonces la sanción como aquella respuesta coercitiva privativa de bienes (o derechos) por el estado frente a aquellos que realicen una conducta determinada. Esto es con el fin de prohibir que se realice dicha conducta lo explica Kelsen de la siguiente manera (Kelsen, 1953):

El ser debido de la sanción implica en sí mismo el estar prohibida la conducta que es su condición específica y el ser obligatoria la conducta opuesta. Corresponde prestar atención, en ello, que al mencionar que es << obligatoria >> o el estar << prohibida >> determinada conducta, no se alude esa conducta como deónticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción

Para dar una definición de sanción acorde con la lógica del concepto contemporáneo de sanción Lara Changoyan define lo siguiente (2000):

“Las propiedades necesarias y suficientes del concepto de sanción jurídica son: a) Se trata de un proceso coercitivo; b) la sanción tiene por objeto la privación de un bien; c) quien ejerce la fuerza debe estar autorizado por una norma válida; y d) la sanción debe ser la consecuencia de la conducta de algún individuo.”

De esta manera entendido y explicado el concepto de sanción jurídica proferido por Kelsen y explicado por Lara nos encontramos frente a un concepto de sanción ligado directamente al derecho penal en el cual la conducta prohibida resulta ser un ilícito para lo cual la consecuencia de ello es una sanción que priva un bien de una persona, este bien claramente puede ser la libertad o la misma vida de la persona.

Sanción según Bobbio

Otro jurista que se trae a colación de relevancia es Norberto Bobbio (Bobbio, 1958) en su obra teoría de la norma jurídica, este jurista analiza la sanción no desde un enfoque puramente jurídico como Kelsen sino también desde un ámbito sociológico, separándose al menos de manera aparente, de los presupuestos de Kelsen que abordaban la sanción como represiva y privativa, Bobbio, por su parte, aborda la sanción también de manera positiva buscando no reprimir, sino guiar la conducta dentro de una sociedad, dando a entender que la reacción del estado no siempre tiene que ser negativa.

A fin de dar un entendimiento claro de la sanción y su debida clasificación Bobbio separa la sanción bajo ciertos criterios los cuales dan debida individualidad y autonomía, el primer criterio obedece al contenido de la norma bajo la cual reposa una voluntad determinada, pero con efecto para partes pasivas y activas de una norma mediante la cual concede un derecho a favor de un sujeto y por ende le exige un deber de respetar dicho derecho para otro. Es evidente que al referirnos a sujeto nos referimos a la comunidad en general, el cual, al verse

frente a situación determinada, se ve individualizado siendo sujeto de protección o garante de la misma.

El segundo criterio que concibe diferenciar la sanción se debe a su fin, el fin por el cual se impone la sanción ya sea positiva o negativa que si bien es cierto pudieren existir diferentes tipos de sanción (preventiva, represiva, compensativa) todas persiguen un fin último el cual es la conservación de la sociedad.

Continuando con la enunciación de los criterios, el tercer criterio diferencial de una sanción obedece a quien profiere las normas, no debe confundirse quien profiere las normas a quien profiere las sanciones, es válida dicha aclaración ya que la sociedad en general puede establecer una sanción social (valga la redundancia) mediante juicio de reproche o actos públicos de rechazo u honor, lo cual a pesar de ser válido, no es jurídico y por ende carecería de carácter coercitivo, quien profiere dichas normas con respectivo poder para hacerla respetar resulta siendo el soberano.

Lo anteriormente señalado se ve enlazado directamente al siguiente criterio, el cual consiste en los valores que inspiran al legislador; Es de anotar que Bobbio como muchos otros autores, da un valor relevante y determinante a la moralidad para proferir norma alguna y para determinar qué conductas pueden ser señaladas como correctas o incorrectas, la explicación sobre la moral no será abordada en el presente trabajo toda vez que no es objeto de estudio dentro del mismo.

El quinto criterio obedece ya no al emisor de la norma sino por el contrario al receptor de la misma para el cual va destinada, esta percepción de acogimiento es importante para Bobbio pues esto determinará el impacto generado por la sanción dentro de la sociedad y por ende sus implicaciones.

Con base al criterio anterior referido a la reacción del receptor de la norma, es decir, del destinatario, amerita el estudio determinar si las normas son acatadas o no, al no ser acatadas

la consecuencia es obviamente violarla, es allí donde se identifica el criterio siguiente mediante el cual se diferencia una norma por su violación, es aquí donde la sanción, en especial la sanción negativa cobra importancia, toda vez que al determinar que una sanción es violada corresponde por parte del estado la respectiva reacción, materializada en sanción.

“La acción que se cumple sobre la conducta no conforme para anularla o, por lo menos, para eliminar sus consecuencias dañosas es, precisamente, lo que se denomina *sanción*. La sanción puede ser definida, desde este punto de vista, como el medio a través el cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias. Podemos definir la sanción como la *respuesta a la violación*” (Bobbio, 1958) citado por (Changoyan, 2000).

Es evidente que para Bobbio y según Lara Changoyan (Changoyan, 2000), como se explicó anteriormente, no mantiene el concepto de sanción ligado propiamente a lo jurídico y lo lleva a 3 esferas, una interior, otra exterior y la esfera de la institución, la primera esfera, la interior, obedece al juicio interno que tiene cada ser humano en su interior, lo que normalmente se entiende como conciencia, ya que uno es su propio juez y constantemente califica y determina su propia conducta como correcta o errónea, a este tipo de sanción Bobbio lo definió como Sanciones morales, sin embargo, este tipo de sanción no tiene injerencia ni efecto en el ámbito jurídico por lo cual no se ahondará más al respecto.

Otro tipo de sanción u otra esfera hace referencia a las sanciones sociales, siendo estas como la reacción de una sociedad frente al actuar de uno o varios de sus habitantes ejerciendo acciones al respecto sin que para ello medie una norma de por medio o un orden institucionalizado, estas sanciones dentro de una esfera externa no gozan de una tipificación previa, un claro ejemplo de ello es el destierro o linchamiento. Dicho tipo de sanción, aunque tiene un efecto evidente, carece de un ordenamiento jurídico debidamente establecido.

Por último y más importante se encuentra la sanción emanada debidamente por una institución jurídica establecida entendida como sanción jurídica, la cual emana de una autoridad competente dentro de un orden jurídico debidamente establecido.

Adicionalmente, y tal como se explicó al empezar a hablar sobre este autor, Bobbio señala sanciones tanto positivas como negativas, la principal diferencia respecto a Kelsen en razón al poder que puede tener un ser humano sobre otro el cual lo puede condicionar mediante la amenaza de un mal o la promesa de un bien:

Según Bobbio la sanción negativa y la sanción positiva dan origen a dos distintas relaciones donde invierte la figura del sujeto activo (titular del derecho) y el sujeto pasivo (titular del deber) en el primer caso la relación derecho- deber va del sancionante al sancionado, mientras que, en el segundo, la misma relación va del sancionado al sancionante.

para el primer caso la fórmula de la norma es la siguiente proposición condicional: “si haces A debes B” (tienes la obligación de someterte a tal pena y para el segundo, “si haces A, puedes B” (tienes el derecho a obtener el bien de premio. Para las medidas de desalentamiento o alentamiento de la conducta, la estructura que tendrían sus normas sería la de las normas técnicas; que son respectivamente las siguientes, “si no quieres A, debes B” y “si quieres A, debes B” (Changoyan, El concepto de sanción en la teoría del derecho contemporáneo, 2000)

Así, pues, podemos decir que por sanción jurídica Bobbio entiende el conjunto de medidas dispuestas por un ordenamiento jurídico para reforzar la observancia y para poner remedio a la inobservancia de las propias normas siendo la finalidad de estas medidas la conservación del sistema (Changoyan, 2000)

El concepto de sanción generado por Bobbio es primordial en el esquema jurídico moderno, pues el poder de la ley para el obligatorio cumplimiento del derecho tiene su legitimidad en el

poder del estado y su poder coactivo, separando las normas de derecho de las reglas sociales o morales, las cuales puede ser afín, pero es el derecho el único con el poder de sancionar.

Sanción en Colombia

En el caso colombiano, el concepto de sanción a través de su historia ha sido ligado a la pena y por ende al castigo, la historia del derecho colombiano no solo a nivel penal sino en general, lo cual observamos en la variabilidad constante y cambios constitucionales buscando con el derecho establecer el orden dentro de una sociedad trasegada por los conflictos desde la misma independencia ejerciendo posterior a ella las ideas políticas y conocimientos de sus líderes, cuya normatividad iba cambiando a medida que cambiaba quien ejercía el mando, toda esta travesía se ve evidenciada en la obra de Hernando Valencia Villa – Cartas de Batalla (Villa, 1987). Esto solo para hacer una equivalencia de la variabilidad del derecho en el estado colombiano, sin embargo, en materia penal la historia colombiana no la abarca el profesor Valencia Villa, este estudio no ha sido abordado por un abogado sino por un historiador, Carlos Gabriel Salazar Cáceres en su artículo publicado pone en contexto la historia punitiva de Colombia de la siguiente manera Cáceres (2016):

Las oligarquías regionales en pugna desde los años de la Emancipación batallan por el federalismo, creándose primero la ‘Confederación Granadina’ (1858), luego los Estados Unidos de Colombia (1861); por ende, las diversas provincias y estados dictaron sus propios códigos penales que, a la postre, fueron copia de 1837. No obstante, debían respetar ciertas pautas tales como la prohibición de imponer la pena de muerte o penas corporales superiores a diez años (ciento cincuenta años más tarde será de sesenta años). El 26 de junio de 1873 se dicta la Ley 112 con el nuevo Código Penal de la Federación, que tuvo por base un proyecto de Agustín Núñez; igual que el anterior contaba con cuatro libros, clasificaba los delitos en políticos y de responsabilidad, ora comunes, ora privados. El segundo clasificaba a los delincuentes

diferenciando claramente entre punibles y excusables. Los otros dos contenían el catálogo de delitos, según la clasificación señalada. Este estatuto eliminó la pena de muerte y las infamantes, señalando además que las de presidio y expulsión del territorio no podían ser superiores a diez años, la de reclusión a ocho, las de prisión y confinamiento a cinco. Garantizaba los derechos reconocidos en la Constitución de 1863. Se trataba, pues, de un código que propiciaba un derecho penal inusualmente humanitario en materia punitiva, producto de las tesis pregonadas por el liberalismo radical que protegía la libertad de expresión, de opinión, de credo religioso; que era antropocéntrico; vertiente humanista que partía de la idea de lo humano, centro del pensamiento y acción de la sociedad.

De lo citado anteriormente se observa el avance que tuvo el estado colombiano a finales del siglo XIX el cual, pese a su corto tiempo de ser un estado independiente, el carácter humanitario del derecho penal así como resalta la exclusión de los inimputables (llamados excusables) lo cual denota de antemano un acercamiento a los postulados positivistas, lo cual iba a ser abordado y contemplado legalmente explicándolo de esta manera el mismo autor (Caceres, 2016):

Durante el gobierno de Olaya Herrera fue creada la Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios, integrada por Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas, Carlos Lozano y Lozano y Carlos V. Rey y Jorge Gutiérrez Gómez, quienes elaboraron un nuevo proyecto inspirado en el Código Italiano de Rocco y en el proyecto de Ferri de 1921. Sus redactores explican que siguiendo los principios de la doctrina de la defensa social, adoptan la actividad sicofísica como base de la imputabilidad por lo cual los locos, anormales, intoxicados, menores, etcétera, en su condición de peligrosos, quedan sometidos a la ley penal, por lo cual el juez, al aplicar una sanción, es preciso estudiar la personalidad del delincuente, los motivos determinantes de su actuar y las

circunstancias de mayor o menor peligrosidad que le caracterizan; las sanciones por consiguiente han de ser penas y medidas de seguridad, estas últimas para los menores de edad, los enajenados mentalmente o intoxicados crónicos (Pérez, 1967, p. 233).

De lo citado anteriormente se evidencia la incidencia de la escuela positiva en el ámbito colombiano desdeñando muchas de las características explicadas en el primer capítulo del presente trabajo de investigación.

Posteriormente en materia penal el cambio normativo de 1936 se dio hasta 1980 donde se contempló el ordenamiento penal colombiano (Congreso de la república de Colombia , 1980), sin embargo y pese a los notables avances en materia penal que había tenido el derecho colombiano, en el código penal de 1980 no se contempla el concepto de sanción sin una clara diferenciación de sanciones penales, se señalan las penas y las medidas de seguridad para los inimputables sin mayor claridad al respecto.

Finalmente, como ya se ha visto en la historia del derecho Colombiano, el concepto de sanción no ha sido ajeno a la evolución del derecho en general y tampoco en el derecho penal, acogiendo a la fecha la sanción como emanación del poder del estado, contemplándose esta en todas las ramas del derecho y acogiéndose al concepto Kelseniano en concreto en el derecho penal, en el cual la sanción es evidenciada como la consecuencia coactiva de manera represiva ante la violación o vulneración de las normas que establecen previamente una sanción (valga la redundancia) a quien las incumpla, así mismo evidencia lo expresado por los doctrinantes antes mencionados.

En el orden normativo Colombiano se observa y contempla la sanción en la carta magna la cual señala la sanción de manera previa a fin de con ella asegurar el cumplimiento o protección de derechos, así las cosas, la constitución asimila la sanción como una consecuencia negativa frente a quien vulnere o ponga en riesgo los derechos de los

ciudadanos, haciendo señalamiento especial a ciertos derechos como lo es la protección a la familia¹, no ligándose llanamente a los derechos individuales, sino también a los derechos colectivos y el medio ambiente², entre otros; la carta aborda sanciones penales y administrativas visto desde los enfoques estudiados anteriormente, esencialmente el concepto Kelseniano toda vez que cada que se aborda la sanción esta se evidencia como consecuencia negativa y como respuesta a infractores o vulneradores de derechos.

Adicionalmente y para el tema objeto de estudio se hace observancia a la ley penal colombiana, esto es, en primera medida el código penal colombiano contemplado (ley 599, 2000) expedida por el congreso de la república señala la sanción de la siguiente manera:

¹ “Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

² Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. Constitución política de Colombia. – 1991.” (Constitución Política, 1991)

ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Se observa en el presente y citado artículo un claro señalamiento, se abarca la sanción penal como el género desdeñando de estas dos especies concretas como lo son la pena y la medida de seguridad, lo cual nos hace recordar la escuela positivista donde la primera respuesta de sanción fue la medida de seguridad, esta premisa, se ha mantenido a la vista y aún se contempla en el derecho colombiano, toda vez que como lo señala la misma ley en su artículo 5 (ley 599, 2000) cuando se refiere a las funciones de la medida de seguridad se refiere a la protección, curación, tutela y rehabilitación; Es evidente que la medida de seguridad no obedece exclusivamente a lo que hoy en día se entiende como inimputables, lo cual es menester resaltar toda vez que al imponerse medida de seguridad a un sujeto imputable, esta obedece a los principios de protección y tutela de los bienes jurídicos que se imponen de manera preventiva, un ejemplo claro de tipo de medida de seguridad para un imputable puede ser una medida de protección, la cual se implementa a fin de salvaguardar los derechos de una persona que se puede ver en riesgo de su propia vida y seguridad personal, otro tipo de medida de seguridad, con un enfoque distinto y restrictivo es la medida de aseguramiento consagrada en el artículo 306 del código de procedimiento penal (ley 906, 2004) la cual aplica para un imputado que pudiere ser responsable de una conducta típica, la medida de aseguramiento no puede considerarse como pena pues el sujeto aún no ha sido condenado, pero si como medida, pues cumple el fin de tutela y afecta evidentemente total o parcialmente los derechos de una persona. Por otra parte, las medidas de seguridad a imponer a los

inimputables, obedece a los fines de curación y rehabilitación, lo cual se explica por sí mismo al entender las palabras en su sentido más obvio.

Un aspecto que llama la atención dentro de las sanciones penales consagradas en la ley colombiana dentro de sus notables diferencias se refiere a las medidas impuestas a inimputables, las diferencias son claras frente a los criterios que merecen su imposición, mientras que una pena contempla una duración definida para cada conducta, las medidas de seguridad de un inimputable no lo contemplan, al respecto lo explica claramente la Corte Constitucional en su sentencia (Corte constitucional, sentencia C297 de 2002) la cual señala las debidas diferenciaciones.

De lo relatado anteriormente, se denota el hecho que:

las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho que la persona inimputable no puede actuar culpablemente, por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. Por ejemplo, las penas tienen, entre otras, una cierta finalidad retributiva, de la cual están desprovistas las medidas de seguridad, pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad, castigar sobre la base de la retribución a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento. Por ello, al referirse a las finalidades de estas medidas de seguridad, esta Corte (Corte constitucional, sentencia C 297 de 2002)

con base a lo expresado anteriormente, la misma providencia señaló que las penas y las medidas de seguridad:

No tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios (Sentencia C-176 de 1993, fundamento 5.2.). Y con base en esos criterios, las

sentencias C-176 de 1993 y C-358 de 1997 concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario... (Corte constitucional, sentencia C297 de 2002.)

... para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. Dijo entonces esta Corte al respecto:

El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación siquiátrica no tiene topes mínimos de duración, sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados” Corte constitucional, Sentencia C-176 de 1993, fundamento 6.2 (Corte constitucional, sentencia C297 de 2002.)

Lo anterior visto, explicado y diferenciado dentro de los tipos de sanciones penales aplicadas en la ley penal, dentro de la cual se contemplan los inimputables, sin embargo, en el código penal no se abordan a todos los sujetos susceptibles de realizar conductas penales sancionables toda vez que un sector de la sociedad se encuentra ajena al código penal, con esto nos referimos a los menores de edad, los cuales se encuentran amparados bajo el código de infancia y adolescencia (Ley 1098, 2006), en la señalada ley, no solo se protegen y se consagran todos los derechos, garantías y la protección especial que goza el menor en la

sociedad, adicionalmente un sistema de responsabilidad penal para adolescentes (Ley 1098, 2006) dentro de lo cual se observan varios puntos, el primero de ellos es que a fin de establecer un procedimiento judicial en debida forma y de establecer la responsabilidad penal de un menor se aplicará en menores entre los 14 y 18 años al momento de cometer un hecho punible, lo anterior no significa que los menores de catorce años quedan exentos de sanción, si bien es cierto los menores de catorce años por ordenamiento legal quedan exentos de responsabilidad penal, igual son sancionados de diferente forma, las sanciones a aplicar para dichos eventos se refiere a sanciones de carácter educativo. El código de infancia y adolescencia no señala expresamente que dichos procesos educativos sean una sanción, esto se infiere del verbo “deber” que lo ordena la ley, así como entendiendo la sanción como consecuencia a la realización de una conducta contemplada en una ley de índole prohibitiva. Para los menores penalmente responsables, la ley de infancia y adolescencia consagra unas sanciones en concreto establecidas de la siguiente manera: (Ley 1098, 2006)

Artículo 177. Sanciones. Son sanciones aplicables a los adolescentes a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal: 1. La amonestación. 2. La imposición de reglas de conducta. 3. La prestación de servicios a la comunidad 4. La libertad asistida. 5. La internación en medio semi-cerrado. 6. La privación de libertad en centro de atención especializado.

Las sanciones penales contempladas para los menores de edad denotan una gran diferencia en comparación al código penal, mientras que las sanciones penales del código penal resultan ser las penas y medidas de seguridad, las sanciones penales a los menores responsables de conductas típicas son seis tipos diferentes, siendo la privación de la libertad la sanción más fuerte a aplicar en los casos de mayor gravedad.

Es de anotar la notable diferencia entre los fines que persiguen las sanciones a los menores, además de abordar una finalidad educativa y protectora, guarda un fin **restaurativo**, este fin

es relevante tenerlo en cuenta toda vez que la pena guarda un fin retributivo, esta diferenciación hace resaltar que pese a que las conductas realizadas son típicas, antijurídicas y culpables, la sanción al menor y la pena persiguen fines distintos, pues recae sobre sujetos distintos y siguen siendo sanciones penales.

De esta manera, abordando la sanción en Colombia, más concretamente en material penal, se observa que la concepción de sanción que se tiene para el derecho colombiano es acogida principalmente al concepto de Kelsen, el cual se explicó anteriormente, ejerciendo dentro de la sanción penal la coerción para su cumplimiento, lo cual es evidente toda vez que las sanciones son restrictivas de ciertos derechos y libertades a las que un sujeto rara vez renuncia voluntariamente.

Marco conceptual y jurídico

Uno de los sucesos más relevantes del siglo XXI para Colombia ha sido la finalización del conflicto armado interno entre el estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, ejército del pueblo (FARC EP). Es el conflicto armado que más perduró en América dejando en su historia millones de víctimas en todo el territorio nacional e incluso zonas fronterizas, cientos de miles de personas muertas, tanto civiles como militares, una fuerte afección en prácticamente todo el país, es decir, las nefastas consecuencias de una guerra.

A continuación, se hará una muy breve reseña de lo que fueron las FARC EP en el país, sus orígenes y las actuaciones del estado durante el conflicto, así como sus implicaciones.

El antiguo grupo armado guerrillero data sus orígenes (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014) en el conflicto agrario que suscitaba en Colombia entre 1.930 y 1.960 donde grupos campesinos de marcado pensamiento Marxista, varios de ellos bajo la dirección del Partido Socialista Revolucionario, empiezan a organizarse a fin de lograr una reforma agraria generando diferentes guerrillas comunistas o grupos de autodefensa comunistas, los cuales se

organizaron y unieron hasta 1.964 donde se reconoce oficialmente una unión entre las referidas guerrillas, formando lo que será conocido como Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC.

Posterior a 1.964, entre los años sesenta y setenta, la presencia del grupo guerrillero tuvo cierta aceptación en zonas campesinas donde carecía la presencia del estado, lo cual, generaba una consolidación del grupo guerrillero para así expandir su presencia en el territorio nacional buscando un fortalecimiento agrícola y favoreciendo a un sector de la población abandonado por el estado, generando así una nueva organización en materia campesina, tomando territorios como Meta, Magdalena medio, Huila y Urabá (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014), ejerciendo en dicho territorio como agentes del orden así como la promulgación de un desarrollo socialista en el país.

Pese al desarrollo y la expansión del grupo guerrillero en determinadas zonas del territorio colombiano, no era sujeto de especial observación por parte del Estado, en primera medida por el hecho que las zonas donde las FARC hicieron presencia, como se indicó anteriormente, eran zonas donde se destacaba la ausencia del estado, la falta de organización interna del grupo guerrillero no permitía que tuvieran un frente ni fin claro de su organización, pues su premisa era la lucha comunista pero carecían de un plan organizacional para avanzar en su deseo y lucha de una Colombia comunista. Sumado a lo anterior la organización de diferentes grupos armados y el fortalecimiento de los mismos atenuaban el rol de las FARC.

Además de establecer un contexto histórico a nivel general de manera somera, es menester resaltar la evolución histórica estudiada dentro de un marco legal haciendo un estudio de leyes, decretos y demás normas proferidas por el estado a fin de la terminación o disminución del conflicto desde la creación del grupo guerrillero hasta el final de la misma y su transformación en partido político. (Perafan, 2012)

El primer pronunciamiento para finalización de conflictos con las diferentes guerrillas, incluidas las FARC, (aunque para dicha fecha no se habían denominado así) fue ofrecido por el general Gustavo Rojas Pinilla durante su mandato presidencial, el cual en 1953 hace una oferta a las guerrillas liberales, en especial a las guerrillas de los llanos del norte, donde a cambio de entregar las armas se les ofrecía una amnistía nacional, sin embargo, esta no fue exitosa, ya que pese a darse una masiva desmovilización, gran cantidad de líderes de dichas guerrillas fueron asesinados pese a la desmovilización. (Granados, 2016)

Autores como Medina Gallego (Mediga Gallego, 2010) abordan la evolución histórica del grupo guerrillero en seis diversas etapas desdeñadas en ocho (8) conferencias realizadas en la unión de grupos guerrilleros conglomerados que los llevaron a la constitución de lo que conocimos como FARC EP y su evolución interna desde 1.948 hasta 1.982, sin embargo, no se abordará de manera detallada la evolución del grupo que refleja Medina toda vez que el desarrollo interno de dicho grupo guerrillero no es el objeto de estudio del presente trabajo.

A inicios de la última década del siglo XX ya las FARC EP siendo consolidadas y fortalecidas como una guerrilla desencadena la lucha contra el estado colombiano en búsqueda de tomar el poder por las armas, ejerciendo acciones propias de un conflicto y ejercicios contra la soberanía nacional tales como el combate armado claramente, así como la toma de territorios determinados, declarando su poder sobre municipios tomados y ejerciendo soberanía autónoma sobre los mismos. Otra acción que generó un gran impacto social fue el secuestro de militares, personajes políticos y personas civiles reafirmando con acciones contundentes la evidencia de un verdadero conflicto armado.

En dicha época, en 1.981 bajo la presidencia de Julio César Turbay Ayala se expidió la ley 37 de 1981 otorgando una amnistía condicional en la cual condonaba la comisión de delitos políticos y conexos, sin embargo, dicha amnistía estaba condicionada (Colombia C. d., 1981) ya que tenía una serie de requisitos para acceder a ella, el primero de ellos era el lapso

ofrecido por el estado para la entrega de armas de dichas personas, las cuales contaban con un lapso de cuatro meses para hacer la respectiva entrega de armas y el registro para que le fuere aplicable la ley lo cual era concedido por un juez. Sin embargo, dicha ley no tuvo mayor acogida.

Posteriormente, bajo el mandato del entonces presidente Belisario Betancur se profiere la ley 35 de 1982 **“por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”**. La señalada ley de 10 artículos en concreto otorgaba amnistía por delitos políticos y daba por terminadas las investigaciones o procesos que hubieren contra las personas acusadas o condenadas por delitos tales como rebelión, sedición, asonada y conexos, lo cual tampoco tuvo mayor éxito toda vez que no se evidenciaba un verdadero cumplimiento de dicha amnistía además de darse una persecución a líderes políticos lo cual para los dos años siguientes ocasiona la terminación del grupo “Unión Patriótica” asesinando a la mayoría de sus miembros.

Ante la impotencia del estado para detener al grupo armado FARC EP por la fuerza, y a costa de los fallos anteriormente realizados en leyes de amnistía, se buscan alternativas para la solución del conflicto, llegar a un acuerdo de paz entre el estado y las FARC EP; bajo el gobierno del entonces presidente César Gaviria, quien asume la presidencia del país en un periodo marcado por la violencia y las masacres, no sólo los actos de violencia de las FARC EP sino también de grupos paramilitares, auto defensas, acciones violentas por parte del narcotráfico los cuales se encontraban en guerra de carteles entre ellos mismos y contra el estado, y que años antes había costado la vida de personajes políticos como Rodrigo Lara Bonilla y Luis Carlos Galán. Todos estos factores llevan al entonces presidente Gaviria a buscar un acuerdo de paz con las FARC EP sin que estas lleguen a buen término y resulte fallido.

Sin embargo a fin de sentar precedente jurídico sobre los acuerdos de paz vale la pena resaltar la ley 77 de 1.989, aplicada en 1.990, la cual, a pesar de no ser celebrada con las FARC EP, es quizás de las medidas de mayor éxito para la finalización de un conflicto, toda vez que bajo esta ley se logró la desmovilización del grupo armado M-19 dejando las armas para participar activamente en política, con base a dicho precedente el Partido Revolucionario de Trabajadores (PTR) realiza su respectiva desmovilización, así como diferentes grupos armados.

Posterior al fracaso del presidente Gaviria buscando una alternativa a la solución del conflicto armado con las FARC EP, al terminar su periodo, asume la presidencia de la república Andrés Pastrana Arango el cual busca nuevamente lograr un acuerdo de paz entre el estado y las FARC EP, dicho acuerdo se desarrolló en la región del Caguán, otorgando a las FARC EP el uso de dicha región despejando esta zona de fuerza militar, dicho proceso resultó también fallido y las zonas otorgadas por el entonces presidente a control de dicha guerrilla.

El proceso de toma del poder por parte de las FARC EP continuaba tomando fuerza en el territorio colombiano, contaba con el dominio de varias regiones del país, ejerciendo presencia en por lo menos 24 de los 32 departamentos el país y contando con más de 16.000 militantes en sus filas, lo cual se concebía como una amenaza inminente para la soberanía del estado.

Ante el notable crecimiento de la mentada guerrilla, el resultado fallido de la búsqueda alternativa a la solución del conflicto interno por parte del expresidente Andrés Pastrana Arango, en la siguiente contienda electoral es electo como presidente Álvaro Uribe Vélez el cual afronta el conflicto con las FARC EP con todo el pie de fuerza militar en aras de recuperar el territorio donde la guerrilla tenía dominio, ejerciendo el uso de las armas como el método para detener y terminar dicho conflicto buscando que el estado sea vencedor, desconociendo a dicha guerrilla la calidad de la misma o de combatientes sino calificando al

grupo guerrillero como terroristas lo cual fue considerado de igual manera por países como Estados Unidos y la Unión Europea.

Para el año 2002 se promulgó la ley 782 de 2002 mediante “la cual buscaba facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica.” (Colombia C. d., 2005) la cual posteriormente iba a ser complementada por la ley 975 de 2005, mediante la cual buscaba la desmovilización de grupos guerrilleros o de autodefensas otorgando una serie de concesiones, facilidades y actos de reintegración a la vida civil para quienes se acogieran a dicha ley, lo cual generó la desmovilización de las Auto Defensas de Colombia (AUC) y un sector pequeño de las FARC EP, sin embargo para los miembros de las FARC EP en el profundo conflicto desencadenado desde dicho año no se acogieron a dicha ley y siguieron su conflicto por las armas.

Durante los periodos en los que ostentó el poder Álvaro Uribe Vélez, esto es entre el 2.002 y 2.010, la mentada guerrilla, ahora calificada como grupo terrorista no tenía el mismo pie de fuerza ni el mismo territorio que había logrado tener en los años de 1.996 a 2.000, las FARC EP continuaban en su búsqueda del poder mediante las armas continuando acciones de guerra. Al finalizar el segundo periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez asume la presidencia Juan Manuel Santos Calderón, el cual, a mediados de su primer periodo presidencial inicia conversaciones con las FARC EP en la búsqueda de terminar dicho conflicto de manera definitiva llevando a cabo un proceso de paz el cual culmina en el año 2016 con la finalización del conflicto de manera definitiva dejando las FARC EP las armas para participar en la política además de una serie de acuerdos en materia rural, de responsabilidad de estado, penal, entre otras, para el presente trabajo se abordará lo acordado referente a las conductas punibles cometidas por los miembros del grupo guerrillero.

Finalmente, posterior a los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez, asume la presidencia Juan Manuel Santos Calderón el cual, se presumía que al ser abanderado por el presidente saliente, el presidente electo seguiría el conducto y políticas de su antecesor, sin embargo el entonces presidente Santos asume una postura completamente diferente y conciliadora al momento de manejar el conflicto armado con las FARC EP, ya que, según se observaba al mantener el conflicto armado por las armas no se iba a dar su terminación, además inciden las manifestaciones por parte del pueblo al movilizarse masivamente en contra de la violencia y en rechazo a las FARC EP y un punto de relevancia es el manejo del territorio rural propuesto por el presidente Santos en su plan de gobierno. el cual, mantenía ciertos puntos afines con los planes de desarrollo rural que defendía el grupo guerrillero, esto permitió a las partes dar un acercamiento en el 2012 a la terminación del conflicto de manera definitiva, a lo que finalmente y tras cuatro años de diálogos entre las partes se logró llegar a un acuerdo final para la terminación del conflicto.

Contextualización acuerdo final para la terminación del conflicto

Una vez abordados los antecedentes del antiguo grupo guerrillero, así como el desarrollo histórico por parte del estado en la búsqueda de terminación del conflicto interno no solo con las FARC EP sino también con distintos grupos guerrilleros que han surgido a través de la historia nacional; El acuerdo final para la terminación del conflicto es quizás el acuerdo más completo que se ha firmado en Colombia a la fecha.

El acuerdo final para la terminación del conflicto o acuerdo de paz para este trabajo ha sido un proceso de extenuante labor entre las partes buscando hasta el final una solución para dicho conflicto sin que implicare una derrota por parte del estado que signifique entregar su soberanía, y que por otra parte, para el grupo armado, no signifique la dejación de armas, su derrota en los ideales de lucha; El presente acuerdo no presenta una política de vencedor ni

vencido sino por el contrario, dos partes que voluntariamente terminan un conflicto bajo el cual el único verdadero afectado ha sido el pueblo colombiano.

En el acuerdo de paz se lograron varios acuerdos en diferentes temas y de gran relevancia, sin embargo, el objeto del presente trabajo se refiere a las sanciones en la jurisdicción especial para la paz, por lo cual, se hará mención a los puntos de acuerdo logrados sin ahondar al respecto al no ser parte de estudio dentro de este.

Dentro del acuerdo de paz se lograron seis puntos principales de acuerdo, el primero de ellos se refiere a una “reforma rural integral” a fin de apoyar y transformar para bien el campo colombiano, el segundo de ellos se refiere a la participación política de distintos sectores de la sociedad dentro de ellos claramente la participación del antiguo grupo guerrillero, el tercer punto se refiere al “Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas” mediante el cual se manifiesta de manera material la terminación de un conflicto armado, el punto cuarto se refiere al narcotráfico frente a “la solución al problema de las drogas ilícitas”, el quinto punto se refiere a las víctimas, punto dentro del cual se hará el estudio más profundo, y el punto sexto se refiere a los mecanismos de implementación y verificación mediante el cual con delegados de ambas partes se compromete a que lo acordado por las partes se cumpla y se aplique. (Oficina del alto comisionado para la paz, 2016)

El primer acuerdo denominado reforma rural integral busca una transformación del campo, territorio de mayor afectación buscando acabar con la pobreza extrema que sufre el campesinado colombiano reactivando e incentivando la explotación agropecuaria planteando una serie de medidas a ejercer a fin de lograr dicho propósito.

El primero de ellos es la creación de un fondo de tierras (Oficina del alto comisionado para la paz, 2016) el cual señala:

Un Fondo de tierras de distribución gratuita para campesinos sin tierra o con tierra insuficiente, priorizando a la mujer cabeza de familia y a la población desplazada. Habrá otros mecanismos de acceso, como subsidios integrales y créditos especiales para la compra de tierra.

El segundo refiere al desarrollo integral, el cual se refiere a que no es suficiente el acceso a la tierra, sino que también deber acompañado de manera idónea para lograr su productividad brindando las ayudas necesarias para la fertilidad de la tierra, apoyo de personal idóneo para productividad, apertura de canales de comercio, entre otros.

El tercer punto es de especial relevancia para una sociedad donde la formalización de la propiedad o las debidas solemnidades se mantienen principalmente en esferas urbanas y se refiere a la formalización de la propiedad a aquellas personas que poseen la tierra sin tener aún las escrituras o la inscripción en registro, para así materializar su derecho real.

El cuarto punto se refiere a la restitución de la tierra para las víctimas del conflicto armado a fin de que todas aquellas personas que fueron despojadas de sus tierras y desplazadas por la violencia, les sea restituida su propiedad de manera integral, así como ofrecer el apoyo debido a quienes deseen regresar a las mismas.

El quinto punto trata sobre la creación del catastro rural, el cual consiste como su nombre lo indica en crear un catastro concretado esencialmente en áreas rurales con múltiples funciones, todas encaminadas a regular y asegurar la propiedad de la tierra tanto para formalizados como restituidos, buscando con el mismo la recaudación predial de forma propicia para que los fondos obtenidos se utilicen de manera adecuada.

El sexto punto del acuerdo aborda la creación de una nueva y más eficaz jurisdicción agraria a fin de resolver todos los conflictos suscitados sobre la propiedad y tenencia de la tierra, jurisdicción la cual deberá resolverse con la mayor celeridad posible y asegurando la protección de los derechos de los campesinos.

El séptimo punto consiste en procurar que la tierra explotada se utilice de acuerdo con los lineamientos propios señalados por el gobierno y acorde con la estructuración propia para el desarrollo agrario de dicho territorio.

El octavo punto trata de realizar una debida delimitación fronteriza de la zona agraria para su debida protección ambiental, dicha protección ambiental se extiende y aplica también para páramos, cuencas, humedales, fuentes de agua, entre otros propendiendo y aplicando planes de conservación, preservación y recuperación ambiental.

El noveno y último punto sobre el acuerdo en materia rural se refiere a las zonas de reserva campesina mediante la cual se busca una mayor presencia del estado en dichas zonas, esto a fin de dar por terminado una de las causas que originaron el conflicto y era la falta de presencia del estado en zonas campesinas.

Lo anterior se refiere a los lineamientos base dentro del acuerdo de la reforma rural integral bajo las cuales se implementarán las acciones a realizar dentro del mismo, siguiente a ello se aborda el segundo acuerdo logrado entre las FARC EP y el estado colombiano el cual se refiere a la participación política, dicho acuerdo se estructura bajo los siguientes postulados:

el primer postulado del acuerdo de participación política se refiere al acceso al sistema político, el cual se encamina a permitir el surgimiento de nuevos partidos políticos de manera más sencilla, sin que esto implique una transfiguración a los partidos actuales y respetando los avances y consolidación que han tenido los partidos en el ámbito político. Para lograr una mayor participación política se aparta la obtención de personería jurídica de partidos obtenido por el requisito de la superación del umbral electoral.

El segundo postulado se refiere al denominado “estatuto de la oposición” el cual busca materializar el debido derecho constitucional a la oposición, y debe contar con las debidas garantías, la creación de dicho estatuto se hará de forma conjunta por los partidos y miembros

políticos activos quienes definirán los lineamientos por los cuales se regirá el derecho a la oposición.

El tercer postulado se refiere a un punto que siempre se ha buscado y que se encuentra consagrado en la constitución política pero a la fecha no se ha brindado la suficiente confianza para evidenciar que se cumpla, se refiere a la transparencia electoral, a fin de obtener una debida transparencia electoral se implementarán mecanismos que faciliten las denuncias por procesos electorales, la implementación de medios electrónicos en las elecciones, la creación de un tribunal de garantías electorales y tribunales seccionales en zonas de alto riesgo de fraude.

El cuarto postulado aborda una reforma al régimen electoral mediante la cual se busca que con dicha reforma se asegure una mayor autonomía en el sistema electoral, así como propender por su modernización.

El quinto punto sobre dicho acuerdo se refiere a la participación electoral, bien es sabido que el índice de población activa para votar que ejerce su derecho y deber al voto es bastante bajo siendo constante protagonista la abstinencia electoral, a fin de promover una mayor participación electoral se hará una campaña nacional de cedulação en zonas alejadas del país y se implementarán mecanismos para que dichas personas puedan ejercer su derecho al voto facilitando el acceso a los puestos de votación.

El sexto punto encaminado a la inclusión política busca otorgar a las zonas más afectadas por el conflicto la elección de un representante a la cámara de representantes adicional a los ya establecidos, dando así una mayor inclusión política en dichas poblaciones.

El séptimo y último punto del acuerdo sobre participación política se refiere al rol de la mujer en la política dentro del cual se busca adoptar medidas a fin de fortalecer la participación y liderazgo de la mujer en espacios políticos.

Otro acuerdo logrado de especial trascendencia y de mayor impacto, al menos de nivel inmediato y notorio dentro del conflicto armado se refiere al cese al fuego y a la dejación de armas por parte de las FARC EP con la debida verificación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante el cual ha estructurado un organigrama mediático de 180 para el procedimiento de entrega de armas a dicho organismo internacional.

Para la respectiva entrega de armas se ha realizado un esquema, el cual establece en primera medida el desplazamiento del antiguo grupo guerrillero a unas zonas veredales de carácter temporal en concreto, destinadas por el estado, en la cual se instalarán sus miembros de manera transitoria y en los cuales se realiza la respectiva entrega de armas, posteriormente se separan y almacenan las armas, municiones y demás de dichas zonas y asume el control de ellas el organismo internacional.

El siguiente acuerdo, se refiere a la problemática de las drogas ilícitas mediante el cual se busca finalizar los cultivos con uso ilícito, es menester resaltar que la sustitución de dichos cultivos, según lo establecido en el acuerdo, se afirma que será de manera voluntaria, mediante planes de mejora de las condiciones donde habitan los cultivadores procurando que su sostenimiento no dependa de la plantación de cultivos destinados a la producción de drogas ilícitas, sino por el contrario, que represente un aporte para el desarrollo de la tierra del campesinado y que forme parte del desarrollo rural integral tratado en el primer acuerdo, generando así una debida inclusión en materia rural. Dentro de la misma arista, se pretenden desarrollar también acuerdos para restitución de tierras, y el compromiso de no reincidir en la siembra de cultivos ilícitos generando un compromiso por parte de los cultivadores, de sustituir sus cultivos de manera idónea y sostenible para el futuro y por parte del estado se manifiesta el compromiso de realizar mayor presencia en dichos territorios y de realizar junto con los cultivadores un debido proceso de planeación participativa para la sustitución correcta de cultivos.

Dentro de la problemática de drogas ilícitas abordar los cultivos es tan solo una parte del problema, también se reconoce el consumo de drogas como una problemática de salud pública la cual debe ser asumida por el estado y la comunidad encaminada a la prevención, además de ejercer una estrategia para combatir la corrupción ligada al narcotráfico y al lavado de activos. El acuerdo sobre víctimas es el más relevante para el presente trabajo toda vez que es en dicho acuerdo donde se establecen las sanciones a imponer a los miembros de las FARC EP. En este, se establece un sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, buscando con él la mayor satisfacción de los derechos de las víctimas y buscando un acercamiento encaminado a la reconciliación y la convivencia entre los actores del conflicto y el pueblo afectado para así evidenciar la transición del conflicto a la convivencia pacífica.

El primer punto sobre el que versa dicho acuerdo se refiere a la creación de la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, dicha comisión busca contribuir a la búsqueda de la verdad que merece la sociedad y las víctimas sobre lo sucedido en los conflictos, sobre dónde se encuentran los cuerpos de las personas fallecidas o presuntamente desaparecidas, entre otros.

Consecuencialmente con la creación de la comisión señalada en el párrafo anterior se creará una unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas, dicha unidad, como su nombre lo indica buscará, acorde con los testimonios recogidos dentro de la comisión, las personas desaparecidas en razón del conflicto armado, o conocer el paradero de sus cuerpos en caso de haber fallecido.

Así mismo, se aborda la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), donde se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo, dicha jurisdicción de carácter transitorio ejercerá funciones judiciales por parte del estado con el deber de juzgar y sancionar los delitos cometidos en razón del conflicto armado imponiendo las sanciones respectivas también allí pactadas.

Quinto y último tópico dentro de este acuerdo logrado es que se debe garantizar la no repetición, esto es la consecuencia final de dicho acuerdo, de haber logrado la verdad, la reconciliación entre los actores del conflicto, así como de la imposición de las respectivas sanciones logrando un fin consagrado como es la no repetición siendo los actores del conflicto miembros activos y participativos de la sociedad.

Por último, el sistema de implementación y verificación se ejecutará mediante planeación, realizada por una comisión de seguimiento y verificación para que los acuerdos logrados dentro del proceso de paz se implementen en un lapso a diez años, buscando el apoyo de toda la comunidad para ello, esto es, el apoyo del sector empresarial y de la sociedad civil en general. Así mismo se establecerán mecanismos de verificación mediante los cuales se corroborará el debido cumplimiento de los acuerdos que contará con el apoyo de la ONU, el apoyo de la comunidad internacional no será exclusivo de la ONU, se tomará el apoyo de varios estados y organizaciones internacionales para lograr el cumplimiento del acuerdo.

La sanción en la jurisdicción especial para la paz

Posterior a la mención general de los acuerdos logrados dentro del acuerdo final para la paz, así como la concepción y evolución de la sanción dentro del derecho penal y derecho en general al lograr una contextualización de todos los factores que llevaron a contemplar la sanción dentro de un marco de justicia transicional corresponde abordar, señalar y analizar la sanción dentro de la justicia especial para la paz la cual se encuentra contemplada en el quinto punto del acuerdo “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto” (República de Colombia, FARC-EP, 2016) empezando desde el punto 5.1 literal B tercer ítem que establece:

Jurisdicción Especial para la Paz: Estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional

humanitario. La Jurisdicción Especial para la Paz hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y al ocuparse exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria. (República de Colombia, FARC-EP, 2016, pág. 129)

En el señalamiento de la creación de una jurisdicción especial para la paz se establece la creación de tribunales especiales y exclusivos para los miembros del conflicto, es de resaltar, que al igual que como se observó en la historia de las FARC EP y otros grupos guerrilleros se concederá amnistía e indulto, esencialmente para delitos políticos y conexos, lo cual armoniza perfectamente con el derecho internacional humanitario que prevé este tipo de concesiones, resaltando dentro de lo mismo la carencia de competencia del estatuto de Roma dentro de este tipo de delitos, así mismo, establece los tribunales serán para la respectiva persecución y sanción, mientras que los indultos no se han de manejar por tribunales propiamente sino por la sala de amnistía e indulto.

La función de los tribunales de la JEP es perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, dichas violaciones ya se encuentran consagradas dentro del código penal colombiano, lo cual, pese a no desconocer la ley penal en medida alguna, no se aplica dentro del marco de la justicia transicional y es allí donde se observa un distanciamiento, al menos de manera aparente con la ley penal.

La creación de la jurisdicción especial para la paz es una clara manifestación de la plena soberanía que goza el estado para juzgar a sus nacionales (República de Colombia, FARC-EP, 2016, pág. 144).

4.- El Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los

Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

De esta manera se esclarece el cumplimiento del derecho internacional y acorde con la búsqueda de la paz como valor fundamental en el derecho internacional humanitario sin que esto implique en medida alguna ceder soberanía o autonomía por parte del estado.

Si bien es cierto se ha explicado que la voluntad del soberano se ve representada en la ley, esta premisa no ha cambiado a la fecha, el deseo del estado a establecer determinadas normas se ve emanado en las leyes que profiera el senado de la república, las cuales deben tener una razón de ser, en materia penal, los tipos penales son impuestos en razón a la protección de un bien jurídico tutelado para lo cual a quien la incumpla le corresponderá una sanción manifestada en pena o medida de seguridad determinada, teniendo unos fines concretos para su imposición, en el caso de la pena, tiene un fin principalmente retributivo así como la medida de seguridad un fin preventivo, para el caso de las sanciones en la JEP su fin versa sobre la reparación de las víctimas y consolidación de la paz:

“Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJNR mediante declaraciones individuales o colectivas.” (República de Colombia, FARC-EP, 2016, pág. 164)

Así las cosas, nos encontramos frente a una sanción de índole principalmente restaurativo, el cual, no busca la directa retribución al estado sino a los afectados por dichas conductas.

El acuerdo final para la terminación del conflicto ha establecido los siguientes criterios para proferir una sanción:

“1. El grado de verdad otorgado por la persona

2. La gravedad de la conducta sancionada
3. El nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad, y
4. Los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición.” (República de Colombia, FARC-EP, 2016, pág. 171)

De tal manera que a fin de determinar una sanción el primer criterio obedece a la verdad para las víctimas siendo este un enunciado puramente restaurativo, lo cual para el presente acuerdo es un factor fundamental ya que este condicionante es indispensable para determinar la sanción a aplicar.

Respecto a la gravedad de la conducta se determina en primera medida si son amnistiables o no, en caso de no ser así se determina el tipo penal aplicable, lo cual genera incertidumbre sobre el criterio base de interpretación a fin de determinar qué conducta es considerada grave.

Un aspecto que llama la atención y controversia por lo menos a la luz del derecho internacional es la fiscal de la corte penal internacional, la cual envió una carta a la corte constitucional (Bensouda, 2017) sobre la jurisdicción especial para la paz, manifestando su preocupación sobre la implementación de la misma la cual podría generar controversias con el derecho internacional consuetudinario. Al respecto señala la fiscal de la corte penal internacional.

Dentro de varias discrepancias que manifiesta la fiscal de la corte penal internacional, el punto que se va a abordar, que tiene que ver con el objeto del presente trabajo de investigación es la crítica que esta hace a la sanción en la JEP, señala lo siguiente:

Si bien el Estatuto de Roma no prescribe el tipo o la duración específicas de las sanciones que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI, el derecho interno debe permitir un sistema de penas que apoye los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad por los crímenes

más graves. En este contexto, las sanciones penales efectivas podrían ser de distinto tipo, en la medida en que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Estos objetivos podrían manifestarse a través de distintos medios como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de otras conductas criminales. (Bensouda, 2017, págs. 20 - 21)

Si bien es el estado colombiano está suscrito al Estatuto de Roma, el actuar de la CPI es procedente solo ante la ausencia de actuación del Estado, independiente de las causas de dicha ausencia, ante crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. El estatuto respeta la libre determinación de los pueblos, así como respeta la soberanía de los mismos.

Por otra parte la crítica que se hace respecto a las penas es menester resaltar que si bien es cierto el tipo de sanción aplicable para la JEP dista de la pena consuetudinaria a la luz del DPI, esto no implica que sean excluyentes las sanciones de la JEP con las penas del DPI, vale resaltar que el hecho que una sanción no sea intramuros, esto no significa que implique impunidad ya que el estado está reaccionando de manera determinada ante las conductas cometidas en razón al conflicto armado restringiendo determinadas libertades y derechos.

Sin embargo, dentro de las conclusiones del escrito de AMICUS CURIAE se destaca la siguiente conclusión

“Por último, la efectividad de las penas que involucran restricciones de libertades y derechos dependerá de la naturaleza y alcances de las medidas que, combinadas, podrían conformar una sanción, así como también de su implementación efectiva, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción no frustre el objeto y fin de la pena.” (Bensouda, 2017, pág. 22)

Esta es quizás de las apreciaciones más acertadas que se pudieren brindar sobre las sanciones de la JEP toda vez que evidencia la peculiar combinación entre un sistema restaurativo y retributivo en aras a evitar la impunidad.

Una vez señalados los criterios el acuerdo establece tres tipos de sanciones; la primera consiste en sanciones aplicables a quienes reconozcan la verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades, dicho tipo de sanción es meramente restaurativo condicionante de la verdad y sus actividades sancionatorias consistirán en:

A.- En zonas rurales.

1. Participación/Ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados.
2. Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva.
3. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.
4. Participación/Ejecución de programas de Desarrollo rural.
5. Participación/Ejecución de programas de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello.
6. Participación/Ejecución de programas de mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas.

Continuando con

- “7. Participación/Ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso ilícito.
8. Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.

9. Participación/Ejecución de programas de Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito.

B.- En zonas urbanas

1. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.

2. Participación/Ejecución de programas de Desarrollo urbano.

3. Participación/Ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento.

C.- Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal (sic) de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos.

1. Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municiones sin explotar.

2. Participación/Ejecución de programas de limpieza y erradicación de Minas antipersonal y artefactos explosivos improvisados.” (República de Colombia, FARC-EP, 2016, págs. 173 - 174)

Lo anterior muestra una sanción completa y totalmente ligada a la verdad, no solo al reconocimiento de la misma de manera exhaustiva sino también preliminar, es decir que la verdad sea brindada ante la comisión sin necesidad de iniciar el proceso contradictorio o investigativo acusatorio por parte de la JEP, hasta allí las sanciones son meramente en servicio directo a la afectación del conflicto.

A continuación, el siguiente tipo de sanción abarca factores diferentes los cuales no son encaminados propiamente a las víctimas sino más hacia el estado en el efecto de las

restricciones de derechos: “II.- Sanciones aplicables a quienes reconozcan Verdad y responsabilidades por primera vez en el proceso contradictorio ante la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz, antes de dictarse sentencia.” (República de Colombia, FARC-EP, 2016, pág. 174).

Estás sanciones serán aplicables para conductas consideradas muy graves, donde la verdad fue reconocida en la vinculación del proceso penal ante investigación desarrollada pero previo a la sentencia, lo cual guarda una notable similitud al proceso penal acusatorio en el evento de la aceptación de cargos por parte del acusado previo al inicio del juicio oral, las sanciones de la JEP en dicho evento otorga una sanción de pena privativa de la libertad entre los 5 y 8 años de prisión, esta pena privativa se proferirá bajo los siguientes eventos:

1. En el evento en que la persona haya comparecido después de haber sido presentada la acusación ante el Tribunal por la Unidad de Investigación y Acusación, en caso de que el reconocimiento de verdad y responsabilidad haya sido exhaustivo, completo y detallado, el Tribunal valorará las razones por las cuales el compareciente no concurrió oportunamente a la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad. El hecho de considerar plenamente justificada dicha omisión, será motivo para graduar la sanción a imponer.
2. En cualquier caso en el que el Tribunal para la Paz aprecie que el reconocimiento de verdad y responsabilidad efectuado ante él no ha sido exhaustivo, completo y/o detallado, se aplicarán por el Tribunal para la Paz sanciones alternativas según el siguiente procedimiento: (República de Colombia, FARC-EP, 2016, págs. 174 - 175)

Destacando:

La Sección competente del Tribunal para la Paz determinará la sanción que corresponda por los delitos, conductas o infracciones cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal de Colombia.

A continuación, la Sección competente del Tribunal para la Paz le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y el grado de su reconocimiento de verdad, de responsabilidades y de colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el destinatario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y en su caso a promover actividades orientadas a la no repetición (República de Colombia, FARC-EP, 2016, págs. 174 - 175)

Es decir, la sanción aplicable en el evento que se reconozca la verdad no ante la comisión sino ante la sección de primera instancia del Tribunal para la paz, se impondrán las sanciones restrictivas, siendo estas vistas como penas privativas de la libertad.

El tercer y último evento corresponde a las sanciones más severas contempladas dentro de la JEP las cuales serán aplicadas a quienes no reconozcan la verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio y sean declarados culpables dentro del mismo, es de resaltar la transición que tienen las sanciones en la jurisdicción especial para la paz donde el criterio determinante de la sanción obedece a la verdad, siendo la sanción más fuerte a quienes no reconozcan la verdad dentro del cual se contemplan sanciones privativas de la libertad entre los 15 y 20 años de prisión.

Se observa entonces, que más allá de la gravedad de la conducta realizada, no es la conducta en sí la que determina el tipo de sanción, es el reconocimiento de la verdad el que lo determina, obteniendo así que el criterio determinante versa con fines meramente restaurativos, pero con una aplicación retributiva.

Antes de explicar la armonización entre justicia restaurativa y retributiva aplicada en el caso del acuerdo objeto de estudio en el presente trabajo, se brindará una explicación sencilla y clara sobre en qué consiste cada tipo de justicia señalada, así como la aplicación de la misma.

La justicia restaurativa es aquel modelo de justicia que busca, como su nombre lo indica, arreglar o reparar un daño causado, si bien es cierto ante un ilícito es muy difícil y poco probable que algo arregle integralmente el daño causado si se debe buscar la forma de repararlo lo más posible, es por esta razón que la justicia restaurativa es encaminada principalmente a las víctimas, sin que esto implique que sea un tipo de justicia guiado sólo hacía el perdón y la reconciliación, Howard Zehr (Zehr, 2010) en su obra el “pequeño libro de la justicia” explica que si bien es cierto la justicia restaurativa abre el espacio para que dichos eventos sucedan, no se pretende ni se debe en medida alguna a forzar o lograr a toda costa un perdón o una reconciliación, se abre el espacio sin ningún tipo de presión alguna. Este tipo de justicia consiste en reevaluar los efectos que genera el delito en la sociedad y en los afectados por los mismos, prestando atención a las necesidades de las afectaciones del delito que muchas veces no contempla un proceso penal, ya que si bien es cierto se impone una pena de prisión en la gran mayoría de casos, eso no garantiza que el efecto causado por el delito sea saneado.

Ya que si bien es cierto el actuar es del estado y el delito es una afectación al mismo, no se puede asumir que el estado es el único afectado dándole un papel secundario a la víctima o a la misma sociedad, en lo cual para el caso colombiano un incidente de reparación o la presentación de la sociedad mediante un procurador fuere suficiente.

Así las cosas dentro de este modelo se manifiesta la búsqueda de la justicia desde las distintas esferas, la búsqueda de justicia para la víctima la cual busca atender necesidades básicas, como lo son la información o verdad, sobre las causas que llevaron a los hechos sucedidos así como el conocer los hechos sucedidos, otra necesidad de las víctimas es la búsqueda de

empoderamiento sobre la situación ya que la sensación que genera su rol activo dentro del proceso le genera la confianza necesaria para tener una sensación de control sobre una parte de sus vidas que le fue arrebatada, y por último la reparación o restitución, así no sea necesariamente material dicha reparación, también puede ser simbólica el cual puede satisfacer a la víctima incluso con el acto de perdón.

La manifestación de justicia respecto a los causantes o responsables de una conducta penal dentro del cual se busca que el responsable sea consciente de la gravedad de la conducta realizada, las consecuencias que ha generado, no sólo ante la ley, sino ante los afectados y la sociedad, que el mismo causante reconozca el mal causado y que además asuma las consecuencias de sus actos, esto no implica simplemente una pena o castigo pues muchas veces el responsable recibe un castigo sin que esto implique un reconocimiento real de su actuar y sus efectos. Lo que debe lograr el responsable dentro de la justicia es primero, declarar una responsabilidad que implique una reparación a la víctima y un arrepentimiento de sus actos, segundo, un proceso de transformación interna para obtener también un perdón para sí mismo y se le incentiven y fortalezcan sus habilidades personales a fin de otorgar alternativas para la no repetición de sus conductas.

Otro sector que busca intensamente justicia es la misma comunidad, si bien es cierto la sociedad le otorga el poder al estado de sancionar y castigar, cuando la comunidad se ve afectada por actuaciones delictivas, el estado al actuar en nombre de ella al respecto debilita el sentido de comunidad generando insatisfacción en la sociedad y debilitándola como tal, pues a fin de cuentas es la sociedad una víctima secundaria de dicho actuar y dentro de la justicia restaurativa se deben tener en cuenta las necesidades de la sociedad como víctimas, así como también asumir responsabilidad por todos los miembros de la sociedad, pues, finalmente, los responsables penalmente también son parte de la sociedad.

La justicia restaurativa estudia necesidades más allá que castigos, comprendiendo el crimen como un acto lesivo contra las personas, por lo tanto, el deber principal es reparar el daño que dicho crimen ha causado.

Por otra parte, la justicia retributiva, sostiene postulados diferentes a los contemplados en la restaurativa, sumado al hecho que, en materia penal el sistema que lo rige es meramente retributivo mediante el cual se sostiene un principio, como su nombre lo indica, de retribución, valga la redundancia, donde la relación directa del penalmente responsable es con el estado, ante el cual debe pagar por el daño causado, ya que es la ley la que ha violado y es deber de la ley castigar a quien ha vulnerado la norma penal. Sosteniendo, así como esferas del delito al estado y el responsable penalmente, sin desconocer la víctima, pero sin que esta sea parte dentro del procedimiento de la justicia penal.

Este tipo de justicia, se ha visto esencialmente como la propia naturaleza del derecho penal desde sus inicios, donde el estado o quien ha ostentado el poder, ha buscado la forma de castigar a quien infrinja sus leyes, vale la pena recordar la necesidad del castigo a fin de obtener un control social, vista desde Foucault donde en su obra “Vigilar y castigar” evidenciaba el ejercicio del soberano ante los crímenes cometidos dentro de la sociedad, donde se desarrolló todo un proceso de castigo el cual yace desde la peor tortura posible hasta la prisión, de la pérdida de libertad como el castigo idóneo.

Es entonces el derecho penal, de naturaleza retributiva la máxima manifestación de poder del estado, estando legitimado a sancionar o castigar restringiendo tales derechos como la libertad, derechos políticos entre otros, el cual, si bien es cierto se ha venido aplicando por siglos, ya no es de total recibo ni efectividad en una sociedad contemporánea donde las formas de ejercer el poder del estado se deben encauzar de manera asertiva manteniendo un orden social de manera menos restrictiva.

De esta manera se evidencia que nos encontramos en un derecho penal ordinario de naturaleza retributiva, por otra parte, nos encontramos en el plano de justicia transicional imperando bajo un sistema de justicia de índole restaurativa presente en la jurisdicción especial para la paz, sin embargo, no se puede afirmar que el modelo aplicado en el marco transicional sea únicamente restaurativo o retributivo, ya que el acuerdo final para la terminación del conflicto hace una mixtura entre justicia restaurativa y retributiva que se explica a continuación.

Lo primero que debe a la situación en la que se encuentra la jurisdicción especial para la paz

La JEP se encuentra en un terreno intermedio frente a esos dos extremos: no es puramente retributiva, con penas severas de cárcel, ni es tampoco una justicia exclusivamente restaurativa, que elimine el componente aflictivo y amnistíe crímenes atroces. Lo primero constituiría un gran obstáculo para la transición negociada de un conflicto armado, en el que la guerrilla, que no ha sido derrotada, busca su transformación en partido político. Y lo segundo comprometería seriamente el derecho a la justicia de las víctimas y el deber del Estado de investigar y castigar los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

La JEP adopta una fórmula que conjuga elementos retributivos, como la cárcel y la restricción efectiva de la libertad, con sanciones restauradoras y reparadoras, como el desminado, la sustitución de cultivos ilícitos o la participación en programas de reparación a campesinos desplazados. (Güiza, 2016)

Así las cosas, un modelo mixto implica serios desafíos, riesgos como el planteado por Uprimny y Güiza Gómez, pues la negociación de un conflicto el cual no tiene parte vencida implica un nuevo paradigma para el derecho penal colombiano ordinario y el derecho internacional consuetudinario, sin embargo dicho paradigma se rompe con el hecho de que los derechos de las víctimas no se ven en riesgo sino por el contrario se ven reforzados al ser la verdad el primer criterio determinante de sanciones en la JEP como se abordó anteriormente,

y por otra parte el deber del estado de investigar y castigar también se ve reflejado en primera medida en su labor exhaustiva en la búsqueda de la verdad partiendo desde el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, además de las facultades jurisdiccionales adquiridas con el acuerdo final para la terminación del conflicto donde el deber de “castigar” se refleja pero no en el concepto consuetudinario de castigo, es decir, cárcel.

El modelo mixto corresponde a sanciones de índole retributiva a quienes no manifiesten ni reconozcan la verdad desde el inicio ante la SIVJRNR, si recordamos la sanción dentro de la jurisdicción especial para la paz esta se divide en tres tipos de sanciones, la primera de ellas, puramente restaurativa frente a quienes reconocieron la verdad de manera total ante la comisión de la búsqueda de la verdad y sus sanciones, como bien se indicó, son restaurativas, donde deberán ejercer labores de reparación, reconocimiento, reconciliación y reconstrucción, el segundo tipo de sanción es la mayor combinación entre retribución y restauración, pues se le aplica una sanción retributiva pero determinada con un carácter restaurativo ya que es la verdad la que determina su sanción privativa de la libertad y la cual, pese a ser tardía es el punto de partida para la imposición sancionatoria. Por último y no menos importante el tercer tipo de sanción la cual es puramente retributiva, y esa retribución pura se da por la ausencia de la verdad, es decir, la negativa del mismo investigado frente a la justicia restaurativa es la que abre la cabida a una sanción retributiva integral.

De tal manera se observa la conjunción armoniosa entre dos modelos de justicia con principios diferenciales notables, no significa que por poseer diferentes principios sean contradictorios, solo que, al gozar de vértices diferentes, la armonización entre ambos tipos de justicia es un desafío aparentemente logrado dentro de la jurisdicción especial para la paz dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto.

Sin embargo, esta combinación entre justicia restaurativa y retributiva no es exclusiva ni es un descubrimiento pionero del estado colombiano, es de recordar y tomar como precedente dentro del contexto internacional, en especial los casos sucedidos en la década de los 90's en África, para ser concreto los sucesos y terminaciones de conflicto en Sudáfrica y Ruanda los cuales sus resoluciones internacionales se dieron en tiempos conexos.

En el caso sudafricano, es de recordar la labor de Nelson Mandela contra las políticas del apartheid, se materializa uno de los más notables ejemplos de justicia restaurativa mediante la constitución de la comisión de la verdad y reconciliación, dentro de la cual propendiendo por un valor máximo de reconciliación entre la población sudafricana con su lema “revelar es cuidar”. La comisión de la verdad y la reconciliación consiste justamente en la búsqueda de la verdad reconocida por parte de quienes cometieron crímenes políticos, lo cual, al reconocer la verdad tendrían una amnistía a quienes lo hicieran y que además pidieran perdón a las víctimas, de esta manera se evidencia un modelo de justicia restaurativa que guarda una similitud con la comisión de la búsqueda de la verdad del estado colombiano.

Ruanda (Rodriguez Mendoza & Rosero González , 2017) por su parte protagonizó uno de los episodios de genocidios más trascendente en las últimas décadas, donde el proceso de reconciliación en una población marcada desde su historia por la violencia y el separatismo se ha convertido en un verdadero desafío para el pueblo toda vez que la historia de Ruanda se ha visto desde siempre separada en dos comunidades, por una parte los Tutsi y por otra los Hutu, en los inicios y desde la colonización los Tutsi ejercían el poder sostenido por el dominio económico, los hacendados, los dueños de la tierra y por ende la clara superioridad manifiesta, mientras que los Hutu, por su parte eran los trabajadores, los ciervos de los Tutsi sin gozar de derechos civiles, posterior a ello y a consecuencia de la opresión Tutsi se generó un fuerte conflicto y separatismo social, generando enfrentamiento armado entre los Hutu y Tutsi, siendo estos últimos disminuidos notablemente en su población de manera violenta

generando una superioridad al menos poblacional por parte de los Hutu, es de recordar que todos estos eventos surgieron durante la monarquía Belga en dicho territorio.

Una vez lograda la independencia en Ruanda el poder fue logrado por la comunidad Hutu teniendo por primera vez un presidente en su historia, el presidente Hutu Kayibanda quien en ejercicio del poder impartió políticas separatistas y racistas no solo contra los Tutsi sino incluso entre las mismas comunidades Hutu; Posteriormente y mediante un golpe de estado se posesionó en el poder el general Habyarimana durante 21 años generando políticas separatistas dictatoriales más marcadas, dando los cimientos del genocidio, fronterizando el país desde el interior, fortaleciendo el poder militar y teniendo como objetivo y enemigo al pueblo Tutsi, en 1994 al derrocar al presidente Habyarimana por parte del FPR (Rwandan Patriotic Front) inicia el genocidio en el país mediante bancadas militares de exterminio Tutsi y Hutu.

A fin de judicializar a los responsables del genocidio, se tiene el precedente de ser el primer evento donde se instaura un tribunal penal internacional, mejor conocido como Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y de manera subsidiaria a estos, se crearon los denominados Tribunales Gacaca, esto en razón a la tradición propia de su pueblo con las llamadas cortes Gacaca.

Los Gacaca son un mecanismo tradicional de las comunidades ruandesas para la resolución de conflictos que responden a problemas de propiedad, matrimonio, ocupación ilegal de un predio, división de bienes durante un divorcio, promesas y deudas incumplidas, entre otros. Fueron modernizados por el Gobierno en 1998. En los Gacaca tradicionales los ancianos cumplían la función de mediadores, quienes escuchaban a las partes junto con los miembros de la comunidad para tomar una

decisión al respecto. Los conflictos eran resueltos en colectividad a través del diálogo.

(...) (Rodríguez Mendoza & Rosero González , 2017, pág. 8)

Es de resaltar que dichas cortes (tribunales Gacaca) tenían una índole principalmente restaurativa que buscaba reparar el daño causado más allá de castigar al delincuente propiamente, siempre y cuando los actores del conflicto brindaran la verdad dentro de dichas cortes. (Desconocido, 2016) así las cosas, dentro de dichos tribunales quienes reconocieran la verdad tendrían una pena leve y redimible con servicios a la comunidad (vista como sanción alternativa) y quienes no lo hicieran asumirían penas privativas de la libertad entre 25 y 30 años; Siempre propendiendo por una política de reconciliación.

De esta manera, teniendo el precedente de los procesos de paz aplicados en Sudáfrica y Ruanda se evidencia que el proceso de paz logrado en Colombia no es una novedad a la luz de la comunidad internacional, sin embargo, la aplicación tanto de la comisión para la búsqueda de la verdad como la aplicación de las sanciones dentro de la jurisdicción especial para la paz es una novedad ya que los contextos históricos y sociales entre el estado colombiano y los estados sudafricano y de Ruanda, tienen diferencias cruciales desde sus raíces así como en la finalización de sus respectivos conflictos.

Ello tampoco implica que las sanciones contempladas en la JEP, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, así como los debidos tribunales fueren una imitación de los casos ya mencionados, se toma en consideración el precedente de la comisión para la verdad y los tribunales Gacaca aplicado al contexto colombiano en razón al conflicto y atendiendo a las necesidades de la población afectada por el mismo.

De esta manera se observa y determina la sanción dentro de la jurisdicción especial para la paz, los criterios a tener en cuenta para imponerlas, cuáles son los tipos de sanciones contempladas dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto, así como los tipos de

justicia retributiva y restaurativa y su mixtura evidenciada dentro del acuerdo, lo cual se vio inspirado o motivado en los antecedentes de los casos Ruanda y Sudáfrica. Se observa también la armonía que tienen dichas sanciones con el objeto del acuerdo de paz, así como con las finalidades del derecho internacional.

Si bien es cierto el código penal colombiano es de naturaleza netamente retributiva, la justicia restaurativa se encuentra contemplada en el código de procedimiento penal, concretamente en el libro sexto el cual se refiere en concreto a justicia restaurativa, así como sus programas y procesos debidos. Consagrando así mecanismos restaurativos como la conciliación preprocesal, conciliación durante el incidente de reparación y la mediación.

Cabe resaltar que dichos mecanismos, si bien es cierto no son evidencia material de una justicia restaurativa y por el contrario muestra una notable limitación a la misma, si es de resaltar su consagración. Por una parte, la conciliación es admitida sólo en delitos querellables, adicionalmente es admitida en el incidente de reparación, lo cual implica que se ha proferido una sentencia condenatoria y que lo único conciliable es el monto económico a reparar sin que esto tenga efecto punitivo a favor del condenado. Además de la mediación la cual pasa a estar limitada por su aplicabilidad en materia punitiva de tan solo cinco años, lo cual, en un estado de extensas penas como es el colombiano deja desamparadas muchas conductas cuya solución integral y eficaz se puede lograr mediante la mediación.

En este evento y como se trató anteriormente sobre la combinación que abordan las sanciones de la JEP respecto de la justicia retributiva y restaurativa todas contempladas de manera sustancial dentro del acuerdo, ahora bien, en la justicia ordinaria se observa la justicia retributiva de manera sustancial y lo referente a justicia restaurativa se evidencia en materia procesal penal, lo cual, visto de manera superficial tendría sentido toda vez que la aplicación y ejecución de las penas se materializan mediante un debido proceso evidenciado en lo que conocemos como proceso penal, para el caso colombiano, en un sistema penal acusatorio.

Sin embargo, al encontrarse en vertientes distintas en el ámbito penal, en múltiples ocasiones genera colisión entre los dos tipos de justicia, lo cual, al momento de ponderar dichos valores, prevalece la norma sustancial, además de los limitantes taxativos que consagra la ley procesal, evita una idónea armonía entre ambos tipos de justicia generando un retroceso en el desarrollo judicial.

Por lo tanto, las sanciones que contempla la JEP, las cuales armonizan justicia retributiva y restaurativa en materia sustancial, independiente del proceso penal en concreto y ofreciendo múltiples formas de restauración, ofrece una nueva alternativa para el estado colombiano, no solo en justicia transicional, sino que merece una consideración para la justicia ordinaria tan necesitada de un avance y de un cambio.

Conclusiones

- El concepto de sanción en materia penal es concebido por vez primera por la escuela positivista mediante la cual se aborda la sanción distante de la pena concebida por la escuela clásica. Buscando con la sanción la prevención y el tratamiento del delito más allá del castigo.
- Los positivistas tienen un notable avance en los primeros escollos de una justicia restaurativa prestando especial atención a las víctimas y en reconocimiento a la sociedad como la principal afectada con el delito.
- Las sanciones no estaban preestablecidas, debía sancionarse teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores internos y externos del sujeto, se debía determinar cuál sanción sería la idónea para lograr en primera medida la resocialización del sujeto con efectos presentes y futuros para lograr así la prevención a fin de evitar que delinquiera de nuevo, y claramente, la sanción represiva para los incorregibles. Se debía abordar cada sujeto de manera personalísima y según valoración sería su sanción, así las cosas,

así dos personas hayan cometido una conducta penal, cada una podría tener una sanción completamente diferente.

- el modelo positivista de sanción aplicado en gran medida fue la medida de seguridad como principal método de tratamiento, manteniendo al sujeto en guarnición en un lugar determinado; ya fuere un hospital psiquiátrico, un hogar de trabajo, entre otros. De esta manera se hace inevitable silogizar la sanción a medida de seguridad, y medida de seguridad a pena sin que se observen grandes diferencias entre uno y otro, pese a que los ideales y fines que persigue la sanción sean distintos a los que persigue la pena, su ejecución se dio de manera muy similar.
- El concepto de sanción en el derecho entendido desde su filosofía es concebido desde el carácter obligatorio que goza la norma la cual necesariamente se debe ver complementada con un carácter sancionatorio a fin de asegurar su cumplimiento.
- Acorde con los lineamientos de Bentham, se puede inferir que la sanción es aquel estimulante que tiene el sujeto para obedecer las normas, según sea el tipo de norma, la cual, al ser una expresión de la voluntad del legislador, este está en el deber del mismo para hacer que la ley se cumpla.
- El concepto de sanción para Kelsen está ligado directamente al derecho penal en el cual la conducta prohibida resulta ser un ilícito para lo cual la consecuencia de ello es una sanción que priva un bien de una persona, este bien claramente puede ser la libertad o la misma vida de la persona.
- El concepto de sanción generado por Bobbio es primordial en el esquema jurídico moderno, pues el poder de la ley para el obligatorio cumplimiento del derecho tiene su legitimidad en el poder del estado y su poder coactivo, separando las normas de derecho de las reglas sociales o morales, las cuales puede ser afín, pero es el derecho el único con el poder de sancionar.

- En el caso colombiano la sanción ha evolucionado a través del tiempo concibiendo la sanción y el castigo traídos por los españoles, desarrollándose en las normativas penales que surgieron posterior a la independencia tendiendo actualmente el concepto de sanción ligado a las posturas de Kelsen.
- Los esfuerzos para terminar el conflicto interno en el estado colombiano a través de la historia han tenido muchas variables, desde leyes de amnistía hasta confrontación armada directa, contundente y constante.
- Dentro del acuerdo de paz se lograron seis puntos principales de acuerdo, el primero de ellos se refiere a una “reforma rural integral” a fin de apoyar y transformar para bien el campo colombiano, el segundo de ellos se refiere a la participación política de distintos sectores de la sociedad dentro de ellos claramente la participación el antiguo grupo guerrillero, el tercer punto se refiere al “Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas” mediante el cual se manifiesta de manera material la terminación de un conflicto armado, el punto cuarto se refiere al punto del narcotráfico frente a “la solución al problema de las drogas ilícitas” el quinto punto se refiere a las víctimas.
- La sanción dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto se determina según criterios basados en la verdad, así las cosas, se establecen los tipos de sanción ligados al reconocimiento de la verdad, siendo el reconocimiento total y preliminar de la misma, ante la SIVJRNR el determinador de la sanción más loable, y el tipo de sanción más fuerte a quienes no reconozcan la verdad dentro de la JEP.
- Dentro de la sanción que aborda la JEP se encuentra contemplada la justicia tanto restaurativa como retributiva ostentando así un sistema mixto de dichos sistemas, armonizando tanto la búsqueda por garantizar los derechos de las víctimas como el deber de sancionar y castigar las conductas delictivas por parte del estado.

- La sanción concebida dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto ofrece un nuevo tipo de sanción penal, la cual merece la pena ser estudiada no solo dentro de una justicia transicional sino también dentro de la justicia penal ordinaria.

Referencias bibliográficas

- Arellano, J. E. (2008). La muerte de Gaitan y sus consecuencias en Colombia. *El nuevo diario*.
- Bensouda, F. (18 de Octubre de 2017). Escrito de amicus curiae de la fiscal de la corte penal internacional sobre la jurisdicción especial para la paz. La Haya, Países bajos.
- Bentham, J. (1945). The Limits of jurisprudence Defined. En J. Bentham, *Of Laws in general* (pág. 15). New York: Columbia University Press.
- Bentham, J. (1970). *Of Laws in general*. Londres: Athlone Press.
- Betancur, N. A. (2002). *Grandes corrientes del derecho penal - Escuela positivista*. Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (1958). *Teoría de la norma jurídica*. Italia.
- Caceres, C. G. (2016). Breve historia del derecho penal colombiano. *Revista Principia Iuris*.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Guerrilla y población civil Trayectoria de las FARC 1949-2013. Tercera edición*. Bogotá: CNMH.
- Changoyan, R. L. (2000). El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho. En R. L. Changoyan, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho* (pág. 54). Alicante: Universidad de Alicante.
- Changoyan, R. L. (2000). El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho. En R. L. Changoyan, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho* (pág. 271). Alicante: Universidad de Alicante.
- Changoyan, R. L. (2000). *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Changoyan, R. L. (2000). El concepto de sanción en la teoría del derecho contemporáneo. En R. L. Changoyan, *El concepto de sanción en la teoría del derecho contemporáneo* (págs. 320-321). Alicante: Universidad de Alicante.
- Colombia, C. d. (23 de Marzo de 1981). Ley 37 de 1981. *Por la cual se declara una amnistía condicional*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. CXVIII.
- Colombia, C. d. (25 de Julio de 2005). Ley 975 de 2005. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 45.980.

- Congreso de la república de Colombia . (1980). Código Penal Colombiano. Bogotá, Colombia: Gaceta oficial del congreso de la república de Colombia.
- COPUCO. (2017). Historia de las FARC. *Tierra colombia*.
- Desconocido. (2016). Así fue la conquista de la paz en cinco países. *Revista semana*.
- Española, R. A. (13 de Septiembre de 2018). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española web site: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E218340>
- Ferri, E. (1878). *Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío*. Roma.
- Garofalo, R. (1880). *De un criterio positivo de la penalidad*. Italia.
- Granados, M. O. (25 de septiembre de 2016). Acuerdos y amnistías en la historia reciente de colombia. *El espectador*.
- Güiza, R. U. (2016). La JEP: entre la cárcel y la justicia restaurativa. *Ámbito jurídico*.
- Judicial, R. A.-C. (13 de septiembre de 2018). *Diccionario del español jurídico*. Obtenido de Diccionario del español jurídico web sit: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E218340>
- Kelsen, H. (1953). Teoría pura del Derecho. En H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (pág. 53).
- Lawi, P. (13 de septiembre de 2018). *Enciclopedia del derecho* . Obtenido de Enciclopedia del derecho online : <https://leyderecho.org/enciclopedia-juridica-de-colombia/>
- Lombroso, C. (1876). *El hombre delincuente*. Italia.
- Mediga Gallego, C. (2010). FARC - EP. Notas para una historia política 1958 - 2006. *PROGRAMA INTERUNIVERSITARIO DE HISTORIA POLÍTICA*, 1-31.
- Oficina del alto comisionado para la paz. (sept de 2016). www.altocomisionadoparalapaz.gov.co. Obtenido de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Nuevo_enterese_version_6_Sep_final_web.pdf: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Nuevo_enterese_version_6_Sep_final_web.pdf
- Pataquiva Garcia, G. N. (2009). LAS FARC. SU ORIGEN Y EVOLUCIÓN. *UNISCI Discussion Papers*, 154 - 184.
- Perafan, L. G. (2012). Anmistía para la paz. *Indepaz*, 1-4.
- República de Colombia, FARC-EP. (24 de Noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Habana, Cuba.
- Rodriguez Mendoza , K. G., & Rosero González , T. A. (2017). Justicia Sobre la hierba. Tribunales Gacaca, lecciones de reconciliación para Colombia. (*Estudios políticos*) *Universidad de Antioquia*, 218-329.
- Tuori, K. (1998). *Positivismos crítico y derecho moderno*. Mexico: Fontamara.
- Villa, H. V. (1987). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano* . Bogotá: Universidad Nacional .
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de derecho penal parte general II*. Buenos Aires: Ediar.

Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos: Good Books.